

‘Pacta sunt servanda’ of ‘iustum pretium’?

‘Pacta sunt servanda’ of ‘iustum pretium’?

Objectief nadeel als grond voor aantasting van een wederkerige overeenkomst

Scriptie masteropleiding Nederlands Recht
H. Rietman, studentnr. 835302786

Begeleiders:
Prof. Mr. J.G.J. Rinkes
Mr. J.H. van Loo

Genemuiden, mei 2012

Inhoudsopgave:

p. 2

Hoofdstuk 1

P. 4

1.1 ‘Pacta sunt servanda’ of iustum pretium’? Onderzoeksvraag

p. 4

	1.2 Gevolgde methode	p. 5
	1.3 Opbouw en afbakening	p. 5
	1.3.1 Hoofdstukkenindeling	p. 6
	1.3.2 Afbakening	p. 6
Hoofdstuk 2		p. 7
	2.1 Over een rechtvaardige prijs	p. 7
	2.2 Wat wordt verstaan onder de iustum pretium-leer?	P. 8
	2.3 Iustum pretium of laesio enormis?	P. 10
	2.4 Een historisch overzicht	p. 11
	2.4.1 Rescript C.4.44.2	p. 11
	2.4.2 Het inlossingsrecht; een mogelijke verklaring	p. 12
	2.4.3 Ontwikkelingen vanaf de Romeinse tijd	p. 15
Hoofdstuk 3		p. 16
	3.1 De behoefte aan de iustum pretium-leer of de rechtsfiguur laesio enormis in het Nederlandse recht	p. 16
	3.2 Indeling gebruikte argumenten	p. 17
	3.2.1 Afspraak is afspraak, of?	P. 17
	3.2.2 Rechtvaardigheid; een niet te meten begrip?	P. 19
	3.2.3 Iustum pretium; een overbodig instrument?	P. 20
	3.3 Conclusies/ eigen opvatting	p. 22
Hoofdstuk 4		p. 23
	4.1 Rechtshandelingen en bewijsrechtelijke vermoedens	p. 23
	4.1.1 De wil	p. 24
	4.1.2 De verklaring	p. 24
	4.1.3 Vertrouwen	p. 26
	4.1.3.1 Nadeel en schade	p. 27
	4.1.4 Waarop mag nu precies worden vertrouwd?	P. 28
	4.1.4.1 Geestelijke stoornis	p. 28
	4.1.4.2 Schenking	p. 29
	4.2 Conclusies/ eigen opvatting	p. 29
Hoofdstuk 5		p. 31
	5.1 Wilsgebreken	p. 31
	5.1.1 Misbruik van omstandigheden	p. 31
	5.2 Een onderverdeling	p. 32
	5.2.1 Nadeel nader beschouwd	p. 34
	5.2.2 Het Ontwerp Meijers en het verdwenen nadeelsvereiste	p. 36
	5.2.3 Het (wat wonderlijke) artikel 3: 54 BW	p. 37
	5.3 Conclusies/ eigen opvatting	p. 37

Hoofdstuk 6	p. 38
6.1 De plaats van buitengewoon nadeel in The Principles of European Contract Law (PECL), Draft Common Frame of Reference (DCFR) en UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UP), vergeleken met 3: 44 lid 4 BW	p. 38
6.1.1 PECL in relatie tot laesio enormis en misbruik van omstandigheden	p. 39
6.1.1.1 Article 4: 109 Excessive Benefit or Unfair Advantage	p. 39
6.1.2 Een korte blik op het Draft Common Frame of Reference (DCFR)	p. 42
6.1.3 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts	p. 42
6.2 Uitkomst vergelijking	p. 43
6.3 Conclusies/ eigen opvatting	p. 43
Hoofdstuk 7	p. 44
7.1 Beantwoording onderzoeksvragen en conclusies	p. 44
7.1.1 Beantwoording onderzoeksvragen	p. 44
7.1.2 Slotconclusie	p. 45
Hoofdstuk 8	p. 46
8.1 Verantwoording en woord van dank	p. 46
Literatuuroverzicht	p. 48
Jurisprudentieoverzicht	p. 52

Hoofdstuk 1

1.1) ‘Pacta sunt servanda’ of ‘iustum pretium’? Onderzoeksvraag.

‘...Daarom, wanneer gij aan uw naasten wat veilbaars verkopen, of uit de hand uws naasten kopen zult, dat niemand de een de ander verdrukke...’¹

“Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken degenen die dezelve hebben aangegaan tot wet”, zo luidde art. 1374 lid 1 oud BW.

¹ Leviticus 25: 14.

“Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die, welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien”, aldus het huidige, wat meer genuanceerde 6: 248 lid 1 BW.

Is hier sprake van oude wijn in nieuwe zakken, kortom een tekstuele verandering die voornamelijk is ingegeven door in de tijd veranderend taalgebruik, of weerspiegelt de nieuwe tekst een gewijzigde opvatting over de mate waarin partijen gebonden zijn aan de inhoud van overeenkomsten? Dat dit laatste het geval is zullen weinigen bestrijden; de ten opzichte van het oude BW uitgebreide regeling van wilsgebreken, bepalingen die tot doel hebben de consument te beschermen en de redelijkheid en billijkheid (o.a. in het al aangehaalde 6: 248 BW), die een prominente plaats hebben gekregen in het nieuwe BW, vormen daarvan illustraties.

Als de vraag gesteld wordt of deze gewijzigde opvatting over wat redelijk en billijk is ook zover kan gaan dat een overeengekomen prijs die voor een der contractpartijen onmiskenbaar nadelig is, uitsluitend op die grond aangetast kan worden, lopen de meningen echter duidelijk uiteen. Er zijn veel juristen die, indien de vraag hen zo zou worden voorgelegd, zullen uitkomen bij de opvatting die, kort door de bocht, neerkomt op ‘pacta sunt servanda’; partijen zijn gebonden aan wat ze bij hun volle verstand zijn overeengekomen. Een, naar mijn waarneming, minderheid is de mening toegedaan dat er sprake dient te zijn van een rechtvaardige prijs, ‘iustum pretium’ of dat op zijn minst buitengewoon nadeel (laesio enormis) een zelfstandige grond dient te zijn waarop een overeenkomst kan worden aangetast. Dit brengt mij tot mijn (meningsvormende) onderzoeksvraag :

Dient, binnen het Nederlandse overeenkomstenrecht een prijs, die voor een contractpartij aanzienlijk objectief nadeel oplevert, een grond te vormen voor aantasting van de overeenkomst?

Een hiermee samenhangend onderzoekspunt is de plaats van (buitengewoon) nadeel binnen het wilsgebrek ‘misbruik van omstandigheden’. Benadeling, zelfs indien die buitensporig is, vormt in Nederland onvoldoende grond voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden. Als dat anders zou zijn, zou de hierboven geformuleerde onderzoeksvraag slechts vragen naar de bekende weg inhouden. Deze materie ligt aanmerkelijk complexer. De rol van nadeel bij misbruik van omstandigheden lijkt beperkt maar is misbruik wel denkbaar zonder enige vorm van benadeling? In het kader van deze scriptie wil ik me richten op het grote, buitensporige nadeel (laesio enormis). Dat levert als (beeldvormende)deelvraag op:

Wat is de plaats van buitensporige benadeling binnen het wilsgebrek misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW)?

1.2) Gevolgde methode

Bij het zoeken naar een antwoord op de onderzoeksvraag heb ik mij beperkt tot bestudering van recente, vrijwel uitsluitend Nederlandse, literatuur (voornamelijk na 1995). Uit deze literatuur heb ik argumenten gefilterd die, in bevestigende of ontkennende zin, een opvatting weerspiegelen over de probleemstelling. Daarbij werd, in de gevonden literatuur, soms verwezen naar ouder werk. Waar dat zelfstandige of aanvullende argumenten opleverde, heb ik die in het overzicht betrokken. Vervolgens heb ik de gevonden argumenten in een drietal categorieën onderverdeeld, waarbij ik aansluiting heb gezocht bij een door Hardy, in een recent artikel over de iustum pretium-leer, gehanteerde indeling.² Een weging van de gevonden argumenten maakt het mij mogelijk een antwoord op de probleemstelling te formuleren. Ik ben me ervan bewust dat een dergelijke werkwijze een subjectief element bevat. Een meningsvormende onderzoeksvraag brengt dat met zich. Doordat zoals verderop zal worden beschreven, de wetgever de iustum pretium-leer geen plaats heeft willen geven binnen het BW, is de jurisprudentie die rechtstreeks betrekking heeft op de onderzoeksvraag beperkt. Bij het beantwoorden van de tweede onderzoeksvraag, die betrekking heeft op misbruik van omstandigheden, nemen literatuur- en jurisprudentieonderzoek een meer gelijkwaardige plaats in.

Een beperkt rechtsvergelijkend deel van de scriptie gaat in op misbruik van omstandigheden en nadeel in het Nederlands BW en de Principles of European Contract Law.

1.3) Opbouw en afbakening

1.3.1) Hoofdstukindeling

Hoofdstuk 2 vormt een inleiding. In dit hoofdstuk wordt het vraagstuk van de rechtvaardige prijs aan de orde gesteld en uitgelegd wat onder de iustum pretium-leer moet worden verstaan en hoe dat zich verhoudt tot de rechtsfiguur laesio enormis. Dit wordt in een historisch kader geplaatst.

Hoofdstuk 3 gaat in op de opvattingen over de iustum pretium-leer in het Nederlands recht. De in deze discussie gebruikte argumenten worden tegenover elkaar geplaatst. Dat leidt tot een beargumenteerde eigen opvatting op dit punt.

In hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op (objectief groot) nadeel. Het behandelt de relatie tussen wil, verklaring en vertrouwen bij rechtshandelingen. In dit hoofdstuk gaat het vooral over de vraag in hoeverre objectief nadeel het bewijsrechtelijk vermoeden oplevert dat een rechtshandeling in deze

² Hardy 2010.

vorm niet gewild (en dus aantastbaar) is. Dit hoofdstuk wordt eveneens afgesloten met een aantal conclusies en een eigen opvatting.

Hoofdstuk 5 heeft misbruik van omstandigheden als centraal onderwerp. Daar wordt een antwoord gezocht op de vraag in hoeverre nadeel, hoewel het in de formulering van 3: 44 lid 4 BW niet voor komt, toch een factor vormt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van misbruik van omstandigheden. Conclusies worden weer aan het eind van dit hoofdstuk getrokken.

Hoofdstuk 6 plaatst de Nederlandse opvattingen, zoals die zijn neergelegd in het BW, over misbruik van omstandigheden en de factor nadeel, naast wat daarover te vinden valt binnen PECL, DCFR en UP.

Het afsluitende hoofdstuk 7 geeft antwoord op de geformuleerde onderzoeksvragen. Dat gebeurt aan de hand van de conclusies en eigen opvattingen, zoals die steeds als afsluiting van de hoofdstukken 3 t/m 6 zijn geformuleerd.

1.3.2.) Afbakening

In de hoofdstukken 3 t/m 5 is het speelveld beperkt tot het Nederlands recht. In hoofdstuk 6 is sprake van een beperkte rechtsvergelijking. Slechts ‘principles’ en niet nationale rechtssystemen worden vergeleken met het Nederlands BW.

De bestudeerde literatuur en jurisprudentie is overwegend recent, dat wil zeggen afkomstig uit de periode na 1995.

Hoewel nadeel ook zeker in verband kan worden gebracht met wilsgebreken als dwang en bedreiging beperk ik me in deze scriptie tot misbruik van omstandigheden.

Hoofdstuk 2

2.1) Over een rechtvaardige prijs

‘...Zonder gerechtigheid is de koning slechts een tiran en de koopman niet meer dan een dief en een rover...’³

Wanneer is een prijs rechtvaardig? Het antwoord op die vraag is sterk afhankelijk van de gekozen invalshoek. Een econoom die oprecht gelooft in de werking van de vrije markt, zal betogen dat, wanneer sprake is van een markt waar een onbeperkt aantal aanbieders geconfronteerd wordt met

³ Herrmann e.a. 1982, p. 23. Goetz citeert hier Orosius

een onbeperkt aantal vragers, zich een prijs zal vormen die ‘rechtvaardig’ genoemd kan worden. Onmiddellijk kan de vraag gesteld worden waar dergelijke ideale omstandigheden zich voordoen. In veel gevallen is sprake van een of slechts enkele, in ieder geval slechts een beperkt aantal aanbieders of vragers. Moet daaruit dan de conclusie getrokken worden dat de prijs die onder dergelijke (niet ideale) omstandigheden tot stand komt onvolkomen en dus niet rechtvaardig kan zijn? Immers, een relatief groot aantal aanbieders zal de prijs doen zakken terwijl een groot aantal vragers de prijs zal doen stijgen. Nee, zal die econoom betogen, er zal zich een nieuwe evenwichtsprijs (die dus weer rechtvaardig is)vormen, doordat of een aantal aanbieders, niet tevreden met de te realiseren prijs, zich zal gaan toeleggen op andere economische activiteiten of een aantal vragers zich, teleurgesteld, zal terugtrekken van de markt. De prijs ligt buiten hun economische bereik.

De praktijk is weerbarstig; we hebben behoefte aan mededingingsautoriteiten om kartelvorming tegen te gaan. De term ‘woekerpolissen’ duidt ook bepaald niet op een optimaal functionerende markt (om maar enkele kritische kanttekeningen te plaatsen bij een te optimistisch aanhangen van de leer van de vrije markt).

En wat zal een theoloog of ethicus verstaan onder een ‘rechtvaardige prijs’? Opvattingen over woekerverboden of zelfs een algeheel verbod op rente zijn door de eeuwen heen geformuleerd. De joodse traditie kent het Jubeljaar, gericht op het voorkomen van blijvende verarming.⁴ In dat Jubeljaar kwam verkochte of verpande grond, de basis van het familiebezit, weer in handen van de oorspronkelijke eigenaar. Het weerspiegelt een opvatting over ‘rechtvaardig’ (bepalingen over het Jubeljaar maken onderdeel uit van de Wet) die haaks staat op die van de boven opgevoerde liberale econoom.⁵

Het Nederlandse rechtsstelsel kent een andere benadering; contractvrijheid. Het staat partijen vrij een overeenkomst te sluiten met wie zij wensen, met de inhoud welke zij wensen en op het moment dat zij dat wensen. Daarbinnen is rechtvaardig wat partijen in vrijheid overeen wensen te komen. De contractvrijheid vindt eerst haar grens waar de uitoefening ervan in conflict komt met een belang van een hogere orde, te weten de wet, de goede zeden of de openbare orde (3:40 BW).⁶ Wilsgebreken (dwaling, bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden) vormen gronden waarop een contract kan worden ontbonden.

⁴ Leviticus 25

⁵ Voor de mogelijke relatie tussen het lossingsrecht en de rescriptie C.4.44.2 van Diocletianus, zie: Westbrook 2008

⁶ Hijma e.a. 2004, p. 15

Economische, ethische en juridische opvattingen vertonen samenhang en hebben elkaar over en weer beïnvloed. Het navolgende is weliswaar geschreven vanuit een juridische benadering maar ook vanuit de wetenschap dat dit niet los gezien kan worden van een economische werkelijkheid en ethische of morele opvattingen over een gewenste samenleving. Dat een prijs rechtvaardig dient te zijn zal door weinigen bestreden worden, wat onder een rechtvaardige prijs moet worden verstaan heeft felle polemieken opgeleverd. In de volgende paragraaf wordt een overzicht geschetst van de leer van het iustum pretium.

2.2) Wat wordt verstaan onder de iustum pretium- leer?

De iustum pretium-leer houdt in dat een wederkerige overeenkomst aantastbaar is wanneer sprake is van (zeer) onevenwichtige prestaties (en de benadeelde partij zich hierop beroept). Zo omschreven is de iustum pretium-leer nauw verbonden met de rechtsfiguur *laesio enormis* (benadeling van de wederpartij) en vertoont zij samenhang met misbruik van omstandigheden.

Historisch gezien heeft de iustum pretium-leer de inhoud dat geen goederen mogen worden verhandeld tegen een andere, dan de juiste prijs, die, al is dat niet in alle gevallen zuiver, gelijk gesteld kan worden met de marktprijs.⁷ Aanhangers van de iustum pretium-leer stellen zich op het standpunt dat een (gewenste) gelijkwaardigheid van prestaties een voorwaarde is voor een onaantastbare overeenkomst. Van Loo stelt dat een overeenkomst, die niet gelijkwaardig is, vermoed wordt niet te zijn gewild door de benadeelde partij. En een overeenkomst die niet gewild is, is niet bindend.⁸ Het BW maakt op veel plaatsen duidelijk de gedachte te omarmen dat overeenkomsten in vrijheid gewild moeten zijn; Van Loo wijst op de mogelijkheid onredelijk bezwarende algemene voorwaarden aan te tasten, op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, op aantasting op grond van onvoorziene omstandigheden en op de mogelijkheid een beroep te doen op wilsgebreken.⁹ Hij is van mening dat, eerder dan misbruik van omstandigheden, de afwezigheid van approximatieve gelijkwaardigheid, grond zou moeten zijn voor vernietiging van een overeenkomst.

Daar staat tegenover dat economisch nadeel (lees: ongelijkwaardige prestaties) geen voorwaarde is om te kunnen spreken van misbruik van omstandigheden, Dat vereiste is na uitvoerige discussie niet opgenomen in de definitieve tekst van 3: 44 BW. Financieel nadeel is geen noodzakelijke, maar ook

⁷ Van Loo 2008, p. 758

⁸ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 5

⁹ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 6

geen voldoende voorwaarde voor het aannemen van dat misbruik.¹⁰ Omdat de wetgever nadrukkelijk niet wil dat de rechter treedt in de beoordeling van de rechtvaardigheid van een prijs, kunnen kernbedingen (lees in dit verband: de prijs) volgens 6: 231 BW, geen onderdeel vormen van algemene voorwaarden. Daarmee zijn die kernbedingen uitgesloten van rechterlijke toetsing op onredelijke bezwarendheid.¹¹ Dat het daarbij handelt om een bewuste keus blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de invoering van Boek 6 BW.¹²

Daarmee zijn de uitgangsposities helder: iustum pretium hoort niet thuis in de gereedschapskist van de rechter¹³, dat was het standpunt van de wetgever ten tijde van het tot stand komen van NBW. De rechter heeft zich te onthouden van toetsing van de gelijkwaardigheid van prestaties. Vernietiging van een zeer onevenwichtige overeenkomst zal dus met behulp van andere leerstukken moeten plaatsvinden¹⁴ (misbruik van omstandigheden/ excessive benefit or unfair advantage). Is echter de overeenkomst ‘slechts’ inhoudelijk zeer onevenwichtig, maar ontbreken bijzondere omstandigheden, dan bieden deze leerstukken geen uitkomst, aldus Hesselink.¹⁵ Toch klinken er ook tegengeluiden. Deze tegengestelde opvattingen over de plaats die de iustum pretium-leer binnen het Nederlandse recht behoort te hebben, raken direct het onderwerp van deze scriptie. Kernachtig vat Smits deze discussie als volgt samen:” Het recht maskeert zo (lees: door met een beroep op de rechtszekerheid de heersende machtsverhoudingen te bestendigen) dat principieel tegenstrijdige waarden om voorrang vechten: in het contractenrecht zijn dat bijvoorbeeld een verlangen naar rechtszekerheid (‘pacta sunt servanda’) en een behoefte de ‘contractuele rechtvaardigheid’ te betrachten”.¹⁶ Het is nog maar de vraag of die verlangde rechtszekerheid zich niet verdraagt met een duidelijke regeling met betrekking tot ‘contractuele rechtvaardigheid’. Met Smits ben ik van mening dat het de wetgever niet past om in het geval van buitensporige ongelijkwaardigheid van prestaties tussen contractpartijen, op voorhand de zijde van de benadelende partij te kiezen.

2.3) iustum pretium of laesio enormis?

Een strikt hanteren van de in 2.1) gegeven omschrijving van de iustum pretium-leer levert een voor theologen en ethici wellicht aantrekkelijk theoretisch model op dat past binnen een concept als ‘goddelijk recht’. (Van Loo spreekt in dit verband over een leer van filosofische aard).¹⁷ Een juridisch

¹⁰ Hijma e.a. 2004, p. 202

¹¹ Hartlief, p. 245

¹² Parlementaire geschiedenis invoering Boek 6, p. 1521 Zie ook: Hesselink, p. 53

¹³ Hartlief & Stolker 1999, p. 252

¹⁴ Hesselink 2004, p. 55

¹⁵ Hesselink 2004, p. 57

¹⁶ Smits 1998, p. 345

¹⁷ Van Loo 2008, p. 758

bruikbaar instrument kan het, zo geïnterpreteerd, niet vormen. Elke afwijking, hoe gering dan ook van de marktprijs, levert in dat geval een grond op voor vernietiging van een overeenkomst. Aan de omvang van het nadeel voor partij die zich hierop beroept, wordt geen enkele eis gesteld. Het in ieder concreet geval vaststellen wat, onder de omstandigheden van dat specifieke geval, de rechtvaardige prijs dient te zijn, lijkt me voor juristen (trouwens ook voor economen) een wespennest op te leveren, waarin ik mijn hand niet zou durven steken. Indien deze zeer strak geformuleerde betekenis wordt gehanteerd ben ik het, uit louter praktische overwegingen, eens met alle schrijvers die hebben betoogd dat de iustum pretium-leer niet thuis hoort in de gereedschapskist van de rechter.

Dat wordt anders als we ons realiseren dat men in de literatuur meestal een wat gematigder opvatting over de iustum pretium-leer hanteert, waarbij meer uitgegaan wordt van het vereiste van een zeker evenwicht tussen de waarde van de wederzijdse prestaties. Dat neigt meer naar de rechtsfiguur van de *laesio enormis*. (Van Loo beschrijft helder het onderscheid tussen beide begrippen).¹⁸ Betekent het feit dat slechts uiterst moeizaam en soms arbitrair de ‘rechtvaardige prijs’ kan worden vastgesteld nu ook dat daarmee wordt gezegd dat het onmogelijk is vast te stellen welke prijs buiten elke twijfel onrechtvaardig is? De vraag zo formuleren is in feite het leerstuk van de *laesio enormis* ter tafel brengen. Passage C. 4. 44. 2 uit de *Codex Iustinianus* (het fundament voor de iustum pretium-leer) geeft de verkoper van een onroerende zaak het recht de overeenkomst te vernietigen als zijn zaak is verkocht voor minder dan de helft van de juiste prijs (feitelijke waarde). Daarbij gaat het dus om een buitensporige benadeling en zeker niet over (mijn interpretatie) ‘gekissebis achter de komma’. En als er dan wellicht geen ruimte is voor een strikte ‘iustum pretium-leer’ binnen het Nederlandse recht, dan houdt dat toch nog niet in dat daarmee ook het laatste woord gezegd is over buitengewone benadeling?

Wellicht ten overvloede merk ik hier op dat de rechter zich slechts over de rechtvaardigheid van een prijs/ de gelijkwaardigheid van prestaties dient uit te spreken, indien daar door de benadeelde partij nadrukkelijk een beroep op wordt gedaan. Zolang partijen vrijwillig presteren blijft de iustum pretium-leer buiten de deur.¹⁹ Partijen kunnen immers een mate van onevenredigheid beoogd hebben.

De vraag blijft of een ongewenste benadeling en derhalve een in deze vorm niet gewenste overeenkomst, niet een grond moet opleveren voor vernietiging van die overeenkomst. Daarmee zijn we terug bij de centrale probleemstelling.

2.4) Een historisch overzicht

¹⁸ Van Loo 2008, p. 758

¹⁹ Hartlief & Stolker 1999, p. 251

2.4.1) Rescript C.4.44.2

Het Romeinse overeenkomstenrecht legde contracterende partijen nauwelijks beperkingen op. Het behalen van voordeel ten koste van iemands wederpartij was toegestaan. Een uitzondering die daarbij opvalt werd gevormd door de wetgeving die zich richtte op beperking van de rentetarieven op leningen, zo valt te lezen in een passage uit Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*.²⁰

In de 6^e eeuw na Chr. werd, in een bijzonder geval, afgeweken van het uitgangspunt dat contractpartijen geacht werden hun eigen belangen afdoende te behartigen.²¹ Het ging daarbij om verarmde boeren die gedwongen waren hun grond tegen een buitengewoon lage prijs af te staan aan rijke patriciërs. In de Codex Iustinianus is een rescript opgenomen, toegeschreven aan Diocletianus, dat spreekt over een rechtvaardige prijs, *iustum pretium*. De prijs wordt geacht te laag te zijn wanneer nog niet de helft van de werkelijke waarde is betaald.²² Hoewel dit rescript, naar wel wordt aangenomen, betrekking had op een specifieke situatie ligt het belang ervan hierin, dat erkend werd dat een overeenkomst zo disproportioneel eenzijdig kan zijn dat daarin aanleiding ligt de benadeelde partij te beschermen en deze de mogelijkheid te bieden de overeenkomst te doen vernietigen dan wel te doen aanpassen.

Het feit dat in dit geval radicaal wordt afgeweken van een van de grondslagen van het Romeinse overeenkomstenrecht, maakt dit rescript uit de Codex Iustinianus, C. 4.44.2, tot een bijzondere passage. Hoe valt een zo ingrijpende contractuele beperking te verklaren en hoe is het vervolgens mogelijk dat op basis van dit ene keizerlijke antwoord op een rechtsvraag, zich in de Middeleeuwen een veel algemener leerstuk ontwikkelde? Het beschermen van verarmde boeren die zich gedwongen voelen tegen dumprijzen hun land te verkopen past mogelijk binnen een modern concept van het overeenkomstenrecht waar aandacht bestaat voor bescherming van de zwakkere partij en waarbinnen leerstukken als misbruik van omstandigheden tot volle wasdom zijn gekomen, maar binnen het Romeinse recht viel dit maar moeilijk te plaatsen.

2.4.2) Het inlossingsrecht; een mogelijke verklaring

Raymond Westbrook doet in zijn artikel, *The Origin of Laesio Enormis*, een poging door te dringen tot de wortels van deze rechtsfiguur. Die wortels gaan veel verder terug dan Justinianus of Diocletianus

²⁰ Zimmermann 1996, p. 255-268. Ook geciteerd bij: Hesselink 2004, p. 61

²¹ Hesselink 2004, p. 60

²² Hesselink 2004, p. 62

en voeren naar de antieke beschavingen van het Nabije- en Midden Oosten vanaf het derde millennium voor Chr.²³

Daarbij is van groot belang voor ogen te houden dat de bewoners van het Antieke Nabije Oosten en de Romeinen het bezit van gronden op een geheel verschillende wijze beschouwden. Waar de eersten grondbezit vooral zagen als de basis van het familiebezit dat beschermd diende te worden tegen krachten vanuit de markt, werd land binnen het klassieke Romeinse recht zuiver als koopwaar gezien.

Het onderstaande vormt een samenvatting van het artikel van Westbrook, voor zover dit relevant is in het kader van deze scriptie. Voor een goed begrip volgt hier eerst de vertaling van rescript C.4.44.2.²⁴

Indien u of uw vader een zaak van hoge waarde tegen een te lage prijs heeft verkocht, is het billijk dat u of tegen teruggave van de koopsom aan de kopers het verkochte landgoed terugkrijgt door tussenkomst van het rechterlijk gezag, of –indien de koper daaraan de voorkeur geeft- alsnog hetgeen ontbreekt aan de gerechte prijs ontvangt. De prijs wordt geacht te laag te zijn wanneer nog niet de helft van de werkelijke waarde is betaald

Westbrook kan niet aanvaarden, ongeacht welke Romeinse keizer verantwoordelijk is voor het betreffende rescript, dat de leer van het iustum pretium/ laesio enormis uit het niets is ontstaan. Zijn stelling is dat een gedachte, die zo vreemd is aan het Romeinse recht, wel afkomstig moet zijn uit een niet-Romeins rechtssysteem. Het meest voor de hand liggend acht hij dat daarbij gedacht moet worden aan de oorspronkelijke wetgeving van de niet-Romeinse inwoners van het Oost Romeinse rijk. In navolging van Mitteis duidt hij dat recht aan als Volksrecht. Laesio enormis zou daarbij kunnen zijn afgeleid van Rabbijnse rechtsregels. De leer van *ona'ah* (inhaligheid/ bedrog) maakte het mogelijk een overeenkomst te vernietigen wanneer de prijs meer dan 1/6^e afweek van de waarde (dat is de marktprijs). Er zijn overeenkomsten tussen deze leer en laesio enormis; zo kan de overeenkomst worden vernietigd, maar kan ook alsnog de juiste prijs worden betaald. Er zijn echter ook opvallende verschillen. Allereerst beschermt *ona'ah* niet alleen de verkoper maar ook de koper. Opvallender is echter dat land wordt uitgezonderd van deze regeling, terwijl het rescript C.4.44.2 juist betrekking heeft op de verkoop van landerijen. De situatie wordt er niet inzichtelijker op als we in ogenschouw nemen dat er onder de Rabbijnen veel verschil van opvatting bestond. Westbrook concludeert dat het niet erg voor de hand ligt te veronderstellen dat de in hoge mate theoretische discussies tussen Rabbijnen geïncorporeerd zullen zijn in het Romeinse recht.²⁵ Dat brengt hem, in navolging van Sperber, tot een volgende veronderstelling. Is het denkbaar dat zowel de leer van de

²³ Westbrook 2009

²⁴ Hesselink 2004, p. 61

²⁵ Westbrook 2009, p. 43

Rabbijnen als rescript C.4.44.2 reacties vormden op eenzelfde verschijnsel, namelijk een ineensinken van de grondprijzen aan het eind van de derde eeuw? Omdat, om vast te stellen of sprake is van een rechtvaardige prijs binnen de doctrine van *ona’ah* de marktprijs het richtsnoer vormt, biedt deze benadering geen bescherming tegen lage prijzen in een scherp dalende markt. Bij Diocletianus (als we de rechtsfiguur *laesio enormis* aan hem toeschrijven) is niet vastgelegd dat onder *iustum pretium* de marktprijs moet worden verstaan. Dat brengt Westbrook tot het standpunt dat het niet waarschijnlijk is dat het betreffende rescript bedoeld was om een antwoord te geven op een universeel probleem. Veel eerder acht hij het een (pragmatische) oplossing voor een concreet geval. Hij stelt de vraag waarom Diocletianus, indien hij zo’n algemeen geldende oplossing had gewenst, niet zijn toevlucht nam tot het vaststellen van een minimumgrondprijs.²⁶ Prijsregulering vormde niet een instrument dat Diocletianus niet durfde te hanteren. Onder druk van de economische malaise en inflatie vaardigde Diocletianus in 301 het Edictum Diocletiani de pretiis venalium (edict over maximumprijzen) uit. De aanleiding daartoe wordt ondubbelzinnig genoemd:

‘Wie is zo stompzinnig van hart of zo van iedere zin voor menselijkheid ontdaan, dat hij niet weet of heeft gemerkt hoe bij alle te verkopen zaken, die als waren worden verhandeld, een zodanige prijsstijging is ingetreden, dat de ongebreidelde roofzucht noch door het grote marktaanbod, noch door rijke jaarroogsten beteugeld wordt’

‘Omdat al bij onze voorgangers bekend was dat een grondregel voor wetgeving is, dat door het inbouwen van angst roekeloosheid gematigd wordt, - want zelden gebeurt het dat het menselijk karakter uit zichzelf tot het goede wordt aangetrokken, en steeds blijkt dat het bewerkstelligen van vrees het meest geëigende middel vormt tot plichtsvervulling,- hebben wij besloten , dat ieder die zich zonder eerbied tegen dit statuut verzet, de doodstraf verdient’

In het statuut zelf is een lange lijst opgenomen van waren en diensten en de daaraan gekoppelde maximumprijzen.²⁷ Het edict heeft overigens geen betrekking op grondprijzen.²⁸

Het bovenstaande sterkt Westbrook in zijn overtuiging dat de oorsprong van *laesio enormis* verder terug ligt in de tijd. Hij kan niet anders dan vaststellen dat, om die oorsprong van *laesio enormis* te doorgronden, aandacht moet worden gegeven aan een veel oudere en veel meer wijd verbreide juridische traditie. Daarbij komt hij weer uit bij het Volksrecht, wat hij omschrijft als een goed gedocumenteerde verzameling van toepassingen, gedeeld door veel of de meeste inwoners van het Nabije Oosten van de Nijl tot de Tigris.²⁹

²⁶ Westbrook 2009, p. 44

²⁷ Herrmann e.a. 1982, p. 16

²⁸ Westbrook 2009, p. 43

²⁹ Westbrook 2009, p. 44

Het inlossingsrecht/ terugkooprecht, dat is het recht van een verkoper om familiegrond of familieleden die zich als slaaf hadden moeten verkopen, onder bepaalde omstandigheden terug te kopen (in te lossen) is een onderdeel van het Volksrecht. Westbrook ziet een duidelijk verband tussen dat inlossingsrecht en *laesio enormis*. Ondermeer in de *codex Hammurabi*, maar eveneens in de Hebreeuwse Thora³⁰ is dat inlossingsrecht te vinden. De ratio achter dit inlossingsrecht ligt in het verschil in de aard tussen pandgeving/ borgstelling en koop. Als op een lening een onderpand is verstrekt, ligt het in de aard van het pandrecht dat het inlosbaar is. Bij koop is daarentegen permanente overdracht van het voorwerp naar de verkrijger de opzet. Een lening met onderpand kan echter leiden tot een gedwongen verkoop, vaak met een aanmerkelijk verlies ten opzichte van de feitelijke waarde, van het onderpand. In een dergelijk geval is er reden om de oorspronkelijke eigenaar of diens erfgenamen het inlossingsrecht toe te kennen. Er is immers sprake van een niet gewilde verkoop tegen een niet ‘volle’ prijs. Dit recht om in te lossen vormde een algemeen erkend beginsel in het antieke Nabije Oosten en bleef duizenden jaren in stand. Westbrook toont dat aan door rijk uit bronnen te citeren. Het is jammer genoeg nauwelijks mogelijk vast te stellen in welke mate en hoe er in de praktijk gebruik van werd gemaakt. Hij neemt echter aan dat, ondanks het verdwijnen van lokale schriften, zoals het *spijkerschrift*, deze diepgewortelde traditie niet is verdwenen. Hij meent nu in het *rescript C.4.44.2* de weerslag te zien van dit oude inlossingsrecht. Daarvoor voert hij drie argumenten aan. Allereerst verwijst de tekst van het *rescript* eerder naar de mogelijkheid tot inlossing dan tot vernietiging van de overeenkomst. Ten tweede wijst hij op de mogelijkheid van de koper het land definitief in zijn bezit te krijgen door het verschil tussen de waarde en de betaalde prijs bij te betalen; zo wordt de ‘volle prijs’ betaald, wat bij het inlossingsrecht exact werkte zoals verwoord in het *rescript* van Diocletianus. Ten derde wijst hij erop dat de *iustum pretium*-leer volstrekt overeenkomt met het concept van de ‘volle prijs’, waarop de oude inlossingstraditie is gebaseerd. Nieuw is slechts het element dat ‘de helft van de werkelijke prijs’ de grens vormt op grond waarvan een beroep kan worden gedaan op deze rechtsfiguur. Wat precies onder de ‘volle prijs’ moet worden verstaan wordt nergens precies duidelijk. Westbrook veronderstelt dat dit voor de inwoners van het Oost Romeinse rijk kennelijk een vanzelfsprekend begrip vormde. De ‘volle prijs’ is daarmee niets anders dan het *iustum pretium*, waarvan sprake is in *rescript C.4.44.2*.

De niet aflatende stroom van petitiees waarbij een beroep werd gedaan op het beginsel dat land aan de familie was verbonden (die binnen het Romeinse recht overigens consequent werden afgewezen), legt Westbrook uit als bewijs dat ook in de Romeinse tijd nog voortdurend door lokale

³⁰ Leviticus 25: 23 e.v.

inwoners een beroep werd gedaan op dit oude familiebeginsel. C.4.44.2 vormt, zo bezien, een uiteindelijke erkenning van het oude inlossingsrecht.³¹

2.4.3) Ontwikkelingen vanaf de Romeinse tijd

Laesio enormis (benadeling van de wederpartij) leidt in de middeleeuwen tot een zeer omvangrijke uitbreiding van jurisprudentie. In Zimmerman’s ‘The Law of Obligations’, beschrijft deze hoe geleidelijk alle beperkingen van het oorspronkelijke rescript terzijde worden geschoven om de rechtsfiguur laesio enormis toe te passen op een breed scala aan overeenkomsten. Daarbij bestond geen eenstemmigheid over ‘de grenzen van de redelijkheid’. In feite kan de doctrine slechts functioneren indien voor iedere zaak of dienst een rechtvaardige prijs kan worden vastgesteld.³² Het oorspronkelijke rescript kende wel een concreet criterium om te kunnen vaststellen of sprake was van laesio enormis.

Reeds bij Aristoteles vinden we gedachten over de corrigerende rechtvaardigheid. Volgens hem is bij een overeenkomst sprake van rechtvaardigheid tussen personen, indien de door hen te verrichten prestaties gelijk/ evenredig zijn. Ongerechtvaardigde vermogensverschuivingen dienen te worden gecorrigeerd,³³ waarbij het geen verschil maakt of vrijwillige (contracten) of onvrijwillige (onrechtmatige daad) ‘transacties’ de grondslag voor die verschuiving vormen. Deze gedachten zien we terug binnen de theologisch-filosofische traditie van het natuurrecht, zoals die in de middeleeuwen door Thomas van Aquino worden verwoord. Handelingen waarop de corrigerende rechtvaardigheid betrekking heeft, vereisen gelijkheid van prestaties. Er moet sprake zijn van een iustum pretium. Economische ontwikkelingen sinds de late Middeleeuwen doen het beeld weer kantelen. Deze economische ontwikkelingen, het opkomend handelskapitalisme, waren niet te stuiten. Goetz meent dat ten tijde van de renaissance ‘zelfregulering op een vrije markt’ de strijd in haar voordeel heeft beslecht en ‘een rechtvaardige prijs’ geen onderwerp meer is en ook geruime tijd niet meer zal zijn.³⁴ Daar valt, qua tijdstip, voor die landen, waar de reformatie vaste grond heeft gekregen, nog wel wat op af te dingen. De ontwikkeling naar een liberale samenleving, waarin contractvrijheid het nieuwe evangelie vormt, is echter onmiskenbaar. In navolging van o.a. Hobbes, die stelt dat de rechtvaardiging van een overeengekomen prijs ligt in het feit dat de partij die deze prijs moet betalen dat zelf zo gewild heeft, aanvaarden, volgens Hesselink, de meeste Europese

³¹ Westbrook 2009, p. 52

³² Zimmerman 1996, p. 255-268 . Geciteerd bij: Hesselink 2004, p. 63

³³ Hesselink 2004, p. 66

³⁴ Herrmann e.a., p. 32

rechtsstelsels in de 17^e en 18^e eeuw als uitgangspunt dat de wil van contractpartijen voldoende is en een geldige overeenkomst geen andere rechtvaardiging behoeft.³⁵

Zo kon het gebeuren dat, na een lange bloeiperiode, de rechtsfiguur van de laesio enormis (en daarmee samenhangend de iustum pretium-leer) door de wetgevers in Europa tussen 1800 en 1900 in de ban is gedaan. Zij kreeg in de tweede helft van de twintigste eeuw echter een nieuwe impuls door de opgekomen behoefte aan consumentenbescherming. Door het geven van een prominentere plaats (redelijkheid en billijkheid, misbruik van omstandigheden) of het invoeren van specifieke bepalingen (op het gebied van arbeids- en consumentenrecht), bekoelde het pleidooi voor het invoeren van de iustum pretium-leer daarna weer enigszins.³⁶ Tot een volstrekt uniforme opvatting heeft de discussie echter niet geleid. In hoofdstuk 3 volgt een weergave.

Hoofdstuk 3

3.1) De behoefte aan de iustum pretium-leer of de rechtsfiguur laesio enormis in het Nederlandse recht

‘... Daardoor zijn ook ettelijken onder de kooplieden ontwaakt en tot het besef gekomen, dat onder hun handel menige booze kneep en schadelijke geldmakerij gebruikelijk is...’³⁷

Gedurende de tweede helft van de 20-e eeuw hebben vóór- en tegenstanders van de invoering van de iustum pretium-leer de pen gevoerd en in soms felle bewoordingen hun standpunt uitgedragen. In deze periode is ook het NBW in Nederland ingevoerd, waarbinnen o.a. een grotere plaats is ingeruimd voor de redelijkheid en billijkheid, consumentenbescherming en evenredigheid. Nieuw is ook het wilsgebrek misbruik van omstandigheden. Juist in het kader van dat gewijzigde Nederlandse recht en daarbinnen in het bijzonder het verbintenissenrecht, kan de vraag gesteld worden of wel behoefte bestaat aan de iustum pretium-leer of de rechtsfiguur laesio enormis. Een weerslag van deze discussie, die overigens nog niet is verstomd, volgt hieronder.

3.2) Indeling gebruikte argumenten (in de discussie over de plaats van de iustum pretium-leer binnen het Nederlandse recht)

³⁵ Hesselink 2004, p. 72

³⁶ Hesselink 2004, p. 77

³⁷ Luther 1524, p. 5

In de bestudeerde literatuur wordt een veelheid aan argumenten, stellingen en beweringen gebruikt teneinde een pleidooi, gericht tegen of vóór de invoering van de iustum pretium-leer kracht bij te zetten. In steeds wisselende bewoordingen en toonaarden klinkt vooral een drietal argumenten, dat dan ook als de kern van het verzet tegen de iustum pretium-leer moet worden beschouwd. Ook de argumenten van ‘aanhangers’ van de iustum pretium-leer kunnen rondom deze drie thema’s gerangschikt worden.

3.2.1) Afspraak is afspraak, of....?

Argumenten vòòr:

Het meest principiële argument van de tegenstanders is kernachtig samen te vatten: *Pacta sunt servanda*. Het is rechtvaardig wanneer partijen nakomen wat ze zijn overeengekomen. Wanneer partijen in volstrekte vrijheid een overeenkomst aangaan, bepalen ze zelf wat tussen hen rechtvaardig is. Indien iemand zijn al dan niet te dure goederen voor een objectief te lage prijs wil wegdoen, heeft de rechter zich daar niet mee te bemoeien,³⁸ zo verwoordt Smits deze opvatting (die overigens niet de zijne is). Hartlief sluit daarbij aan; het burgerlijk recht kijkt meer naar het onderhandelingsproces dan naar het onderhandelingsresultaat. Dit laatste beoordeelt de rechter in beginsel niet.³⁹ Ook bij Hijma valt te lezen dat ons recht het primaat legt bij de contractvrijheid: de overeenkomst is ook geldig en onaantastbaar als ze voor de ene partij aanmerkelijk gunstiger is dan voor de andere.⁴⁰ Daar doet ook de redelijkheid en billijkheid niet alles aan af; dat op grond daarvan inbreuk gemaakt kan worden op wat door partijen is overeengekomen, behoort met de nodige voorzichtigheid te worden toegepast. Het beginsel dat men is gebonden aan het gegeven woord blijft voorop staan.⁴¹ Hartlief benadrukt dat ons BW benadeling niet kent als een zelfstandige grond voor de aantasting van een overeenkomst.⁴² Hij citeert Asser/ Hartkamp: “Benadeling van de een is bevoordeling van de ander; partijen zijn vrij te bepalen wie ze willen bevoordelen. Motieven achter bevoordeling laten het recht koud...”⁴³ Ons recht verzet zich niet tegen onevenredigheid maar tegen onevenredigheid die onvrijwillig tot stand is gekomen.⁴⁴ Bij Van Rossum wordt aandacht besteed aan Van Zeben, die in de jaren ‘60 van de vorige eeuw zich bezorgd maakte over de rechtszekerheid die, met name in het handelsverkeer, in gevaar zou kunnen komen.⁴⁵ Lichtzinnig gedrag of op zijn minst

³⁸ Smits 1998, p. 344

³⁹ Hartlief & Stolker 1999, p. 251.

⁴⁰ Hijma e.a. 2004, p. 250

⁴¹ Hijma e.a. 2004, p. 301

⁴² Hartlief & Stolker 1999, p. 244

⁴³ Hartlief & Stolker 1999, p. 246

⁴⁴ Hartlief & Stolker 1999, p. 241

⁴⁵ Van Rossum 1998, p. 3

een verminderd verantwoordelijkheidsgevoel zou ook het gevolg kunnen zijn van invoering van de iustum pretium-leer.

Argumenten tegen:

Daar wordt ondermeer het volgende tegenin gebracht:

Centraal in het Nederlandse denken over contracten staat dat partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁴⁶ Van Loo betoogt dat gedragsplichten zover kunnen gaan dat men zich moet laten leiden door de belangen van de wederpartij; men mag geen overeenkomsten sluiten waarvan men vermoedt dat die niet gewild zijn.⁴⁷

Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken, zo staat het geformuleerd in 3: 12 BW. Overeenkomsten moeten in vrijheid gewild zijn; als dat niet het geval is, bijvoorbeeld omdat sprake is van een wilsgebrek of omdat sprake is van onredelijk bezwarende algemene voorwaarden, dan is de overeenkomst of de betreffende bepaling vernietigbaar.

Als regel zal een mens die een overeenkomst sluit, uit zijn op voordeel en niet op nadeel, zo stelt Van Loo.⁴⁸ Als objectief, op grond van de marktwaaarde, kan worden vastgesteld dat een partij duidelijk benadeeld is door een transactie, geeft dit grond aan het vermoeden dat deze transactie niet gewild is. Al in de traditie van Aristoteles heet een dergelijke transactie 'onrechtvaardig'. Zo'n transactie wordt vermoed ongewild te zijn, al hoeft dat niet het geval te zijn.⁴⁹ Smits stelt ook dat een zekere gelijkwaardigheid tussen de prestaties normaal is; zodra een contractant bovenmatig wordt verrijkt, is er reden voor wantrouwen en moet extra bewijsmateriaal worden aangeleverd voor het aannemen van, wat hij noemt, wederkerige samenhang.⁵⁰ De overeenkomst wordt vermoed niet gewild te zijn.

Dergelijke bewijsrechtelijke vermoedens komen voor binnen het Nederlandse recht. 7: 176 BW, dat handelt over misbruik van omstandigheden bij een schenkingsovereenkomst (waarbij dus per definitie sprake is van ongelijkwaardige prestaties) is daar een goed voorbeeld van.

De tekst en de wetsgeschiedenis van 3: 44 BW maken duidelijk dat objectief nadeel geen constitutief element voor vernietiging van een overeenkomst (op grond van misbruik van omstandigheden)

⁴⁶ Wolters 2009, p. 14

⁴⁷ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 8

⁴⁸ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 10

⁴⁹ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 13

⁵⁰ Smits 1998, p. 343

vormt. Misschien geen constitutief vereiste nee, maar Van Rossum stelt dat nadeel wel veelal van groot belang is in het kader van een beroep op misbruik van omstandigheden.⁵¹ Zij plaatst dit in een breder perspectief, waarbij ze er op wijst dat ondermeer het evenredigheidsbeginsel ook voor het civiele recht in toenemende mate van belang wordt.

3.2.2) Rechtvaardigheid ; een niet te meten begrip?

Argumenten vòòr:

Een tweede argument is van meer praktische aard. Het ontbreekt de rechter aan een toetsingsnorm om vast te kunnen stellen of een prijs rechtvaardig is of, in andere woorden, of sprake is van gelijkwaardige prestaties. Als, zoals van Loo met betrekking tot de klassiek liberale leer schrijft, de waarde van een goed wordt bepaald door de wil, dan is gelijkwaardigheid van prestaties niet van buitenaf waarneembaar.⁵² Van Rossum constateert dat als belangrijk bezwaar tegen de aanvaarding van de leer van het iustum pretium wordt genoemd dat het uiterst moeilijk zal zijn te bepalen of tussen prestaties over en weer een equivalentie bestaat.⁵³ Ook anderen, onder wie Grosheide, wijzen erop dat het ontbreekt aan een autonoom criterium voor het meten van de gelijkwaardigheid van prestaties.

Argumenten tegen:

Dat een dergelijk instrument ontbreekt of niet te ontwikkelen zou zijn, wordt niet door iedereen onderschreven.

Hardy toont aan dat zo’n toetsingsnorm bestaat of valt te ontwikkelen door te verwijzen naar het mededingingsrecht waar, als het handelt om misbruik van een economische machtspositie, de Europese Commissie en de NMa zich ook dienen uit te spreken over de vraag of ondernemers onbillijk hoge, excessieve prijzen hanteren.⁵⁴

Ook Hesselink is er niet van overtuigd dat een onrechtvaardige prijs een vaag begrip is en daarom onwerkbaar of zelfs gevaarlijk zou zijn.⁵⁵

Van Loo wijst erop dat, zelfs als men de waarde van een zaak beschouwt als ‘de in geld uitgedrukte persoonlijke behoefte’ (en dus niet meetbaar) er daarnaast nog een objectieve marktwaarde bestaat. Een groot verschil tussen die beiden levert een ‘vermoeden van een wilsgebrek’ op.⁵⁶

⁵¹ Van Rossum 1998, p. 86

⁵² Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 13

⁵³ Van Rossum 1998, p. 4

⁵⁴ Hardy 2010, p. 1161

⁵⁵ Hesselink 2008, p. 761

⁵⁶ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 20

In zekere zin is de iustum pretium-leer al aanvaard, betoogt Smits. Indien een contractpartij stelt gebondenheid niet te hebben gewild (wil en verklaring stemmen niet overeen), wordt in feite de vraag gesteld waar de tegenpartij op mocht vertrouwen. Dit wordt in hoge mate bepaald door wat ‘normaal’ of redelijk is (en hangt nauw samen met de gelijkwaardigheid van de prestaties).⁵⁷ Daarmee is een te hanteren criterium aangereikt. In de jurisprudentie wordt het criterium ‘dat, wat gebruikelijk is’ ook werkelijk gebruikt.⁵⁸

Dat criterium wordt, zo meen ik, aangereikt in 7: 4 BW, waar het gaat over een koopovereenkomst zonder prijsafspraken. In zo’n geval is de koper verplicht een ‘redelijke prijs’ te betalen. Is het niet aannemelijk dat ‘redelijk’ hier mag worden verstaan in de zin van ‘rechtvaardig’? En zou dit op zijn beurt niet berusten op de aanname dat voor een rechtvaardige prijs een zekere gelijkwaardigheid van prestaties een voorwaarde is, tenzij partijen nadrukkelijk anders gewild hebben?

Daarbij wordt rekening gehouden met de door de verkoper gewoonlijk bedongen prijzen, zo vervolgt 7: 4 BW. Wat is dit anders dan wat Smits stelt, wanneer hij in zijn proefschrift schrijft: “Wat rechtvaardig is kan namelijk in het contractenrecht slechts worden bepaald door te bezien wat ‘normaal’ is”.

Van Boom ziet in de lijn, zoals die is uitgezet en gevolgd in de afwikkeling van de processen rond beleggingspolissen, waarbij slechts redelijke kosten voor bemiddeling in rekening gebracht mogen worden, een ontwikkeling die aansluit bij de iustum pretium-leer.⁵⁹

3.2.3) Iustum-pretium; een overbodig instrument?

Argumenten vòòr:

Een derde, veelgehoord argument gaat in op de overbodigheid van de invoering van de iustum pretium-leer. Het recht biedt al voldoende bescherming tegen onevenredigheid in prestaties.⁶⁰ Daarbij kan gedacht worden aan de regeling met betrekking tot de wilsgebreken, bepalingen die tot doel hebben de consument te beschermen en de redelijkheid en billijkheid. Evenredigheid gaat in het vermogensrecht een steeds grotere rol spelen, erkent ook Smits,⁶¹ al voegt hij daar aan toe dat dit vooral plaats vindt in het kader van de aanpassing van de overeenkomst. De aantasting van de geldigheid blijft nog achterwege. (Aanpassing is overigens natuurlijk wel een vorm van aantasting). Ook hier worden tegenargumenten aangevoerd.

⁵⁷ Smits 1998, p. 344

⁵⁸ Rb Rotterdam 9 februari 2011, LJN BP6554

⁵⁹ Van Boom 2008, p. 63

⁶⁰ Hartlief & Stolker 1999, p. 252

⁶¹ Smits 1998, p. 345

Argumenten tegen:

Het is waar dat het Nederlandse recht, zeker na de invoering van NBW, een scala aan instrumenten biedt waarmee met name de consument beschermd wordt tegen onevenredigheid van prestaties. Zo is de mogelijkheid ingevoerd algemene voorwaarden aan te tasten op grond van hun onredelijk bezwarende inhoud, kan een regel buiten toepassing worden verklaard op grond van de redelijkheid en billijkheid, of kan een overeenkomst worden aangetast met een beroep op onvoorziene omstandigheden, gemeenschappelijke dwaling en misbruik van omstandigheden.⁶² Benadeling als een zelfstandige grond voor aantasting van een overeenkomst kent het Nederlandse BW echter niet. In dit kader is het ook goed stil te staan bij de door de wetgever gemaakte keus om kernbedingen in algemene voorwaarden uit te sluiten van toetsing op onevenredige bezwarendheid door de rechter. Hesselink stelt de vraag of er wel voldoende reden is om inhoudstoetsing van kernbedingen (lees hier wederom: de prijs) categorisch uit te sluiten.⁶³ Hardy voert aan dat empirisch onderzoek duidelijk maakt dat een verkopende partij met een sterke onderhandelingspositie die positie eerder zal vertalen in een hoge, oneerlijke prijs dan in onredelijk bezwarende algemene voorwaarden. Hij acht het vreemd dat het recht zich dan juist richt op onevenredige voorwaarden en niet op het tegengaan van onevenredige, onrechtvaardige prijzen.⁶⁴

De richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten legt de wetgever in dit opzicht overigens geen beperkingen op. Deze richtlijn is niet als uitputtend bedoeld. Nederland is nadrukkelijk vrij de consument extra bescherming te bieden, ook op het gebied van kernbedingen.⁶⁵

3.3) Conclusies/ eigen opvatting

In paragraaf 3.2 zijn argumenten verzameld, van auteurs die menen dat er geen of juist wel ruimte dient te komen voor de ‘iustum pretium-leer’ of in ieder geval de rechtsfiguur ‘laesio enormis’ binnen het Nederlandse recht. Het wegen van die argumenten, hoe subjectief een dergelijk proces ook moge zijn, brengt mij tot het onderstaande standpunt. Ik sluit daarbij aan bij de in hoofdstuk drie gehanteerde driedeling:

1) Dat een overeenkomst partijen bindt vormt een verdedigbaar uitgangspunt. Verdedigbaar, maar in mijn ogen niet onaantastbaar. Het ontbreken van gelijkwaardigheid in prestaties houdt nadeel in

⁶² Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 6

⁶³ Hesselink 2010, p. 626

⁶⁴ Hardy 2010, p. 1164

⁶⁵ Hesselink 2010, p. 626

voor een contractpartij. Indien dit nadeel aanzienlijk is, levert dat het bewijsrechtelijk vermoeden op dat de overeenkomst in deze vorm niet gewild is. Een dergelijke overeenkomst is, vanwege het grote nadeel, onrechtvaardig, en zou alleen al vanwege dat buitensporige nadeel (evenals vanwege het ontbreken van wilsovereenstemming) vernietigbaar moeten zijn.

2) Het enkel ontbreken van een toetsingsnorm waardoor het de rechter onmogelijk zou zijn om vast te stellen of een prijs rechtvaardig is, komt op mij niet over als een sterk argument. Heel principieel is het in ieder geval niet; degene die dit argument hanteert lijkt te aanvaarden dat, mocht een criterium wel vast te stellen zijn, er in dat geval ruimte voor de iustum pretium-leer of in ieder geval de laesio enormis zou moeten zijn binnen het Nederlands recht.

Hoewel niet in alle gevallen eenvoudig vast te stellen, is het wel degelijk mogelijk de rechter een criterium aan te reiken dat als toetsingsnorm kan dienen bij het vaststellen van het al dan niet rechtvaardig zijn van een prijs. Dat criterium kan omschreven worden als ‘dat wat gebruikelijk is’. Als excessief wordt afgeweken van wat gebruikelijk is, is het vermoeden gerechtvaardigd dat we te maken hebben met een onrechtvaardige overeenkomst. Bijzondere omstandigheden kunnen maken dat een forse afwijking van wat gebruikelijk is, toch niet als onrechtvaardig moet worden beoordeeld. Het lijkt mij dat dit eerder uitzondering dan regel zal zijn Als regel zoekt de mens zijn eigen nadeel niet. Het ligt daarom meer in de rede in een geval van buitengewoon ongelijkwaardige prestaties, uit te gaan van ongewild nadeel dan te veronderstellen dat ook de benadeelde partij dit nadeel heeft gewild.

3) Het Nederlands recht kent benadeling niet als zelfstandig criterium voor aantasting van een overeenkomst. Nu het evenredigheidsbeginsel inmiddels stevig in ons vermogensrecht is verankerd,⁶⁶ ontbreken in feite argumenten om de eis van evenredigheid van prestaties niet duidelijk in ons recht vast te leggen. Dat kan, mijns inziens, door in het Burgerlijk Wetboek op te nemen dat bij buitensporige (objectieve)ongelijkwaardigheid van prestaties vermoed wordt dat er sprake is van een in die vorm (er is sprake van benadeling) niet gewilde overeenkomst. Een beroep op een dergelijke benadeling maakt aantasting van de overeenkomst mogelijk. De bewijslast dient in dat geval, zoals ook is geregeld in 7: 176 BW in het geval van een schenking, bij de bevoordeelde partij te worden gelegd.

Hoe verhoudt een dergelijk bewijsrechtelijk vermoeden zich met wat het BW bepaalt over rechtshandelingen? En wat is daarbij de rol van nadeel of schade? Dat zijn onderwerpen die in het volgende hoofdstuk aan de orde komen.

⁶⁶ Asser/Vranken 2005, p. 133

Hoofdstuk 4

4.1) Rechtshandelingen en bewijsrechtelijke vermoedens...

Een rechtshandeling vereist een op rechtsgevolg vereiste wil, die zich door een verklaring heeft geopenbaard (3: 33 BW). Is die verklaring, in enigerlei vorm, afgelegd, dan dringt zich de vraag op of onder alle omstandigheden op die verklaring mag worden vertrouwd. De verklaring kan door allerlei oorzaken afwijken van wat feitelijk gewild is. Voorbeelden: geestelijke stoornis, vergissing, verspreking, verschrijving, simulatie, scherts, dubbelzinnig woordgebruik (misverstand)...⁶⁷ Op de vraag of de wederpartij op een dergelijke verklaring mag vertrouwen, gaat 3: 35 BW nader in. De geadresseerde moet gerechtvaardigd hebben vertrouwd op een door de ander gewekte schijn.⁶⁸ De persoon die vertrouwt op de verklaring mag niet altijd zomaar afgaan op wat is verklaard. De omstandigheden van het geval kunnen een onderzoeksplicht met zich brengen.⁶⁹ De nadeelfactor kan in dit verband van groot belang zijn. Naarmate een verklaring voor een handelende partij nadeliger is, zal eerder grond bestaan om een ‘onderzoeksplicht’ van de ander aan te nemen.⁷⁰ Zo ontstaat een spannende driehoeksrelatie, waarbij wil, verklaring en vertrouwen op een soms fragiele wijze met elkaar verbonden zijn. Het eindverslag 1 bij de parlementaire behandeling van Boek 3 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek zegt daarover: ‘.... Het is ermee als met het biljartspel. Men heeft drie ballen en een keu. Daarmee kan men op alle mogelijke manieren stoten, maar het blijft een spel met drie ballen en een keu...’⁷¹

4.1.1) De wil

Laten we 3:33 BW eens wat nader beschouwen. Een rechtshandeling vereist een op rechtsgevolg gerichte wil... . Zonder die wil kan van een onaantastbare rechtshandeling geen sprake zijn. Als dus kan worden vastgesteld wat de wil van een partij bij een (meervoudige) rechtshandeling behelst, is een belangrijke stap gezet als het gaat om de beoordeling van een mogelijke aantastbaarheid van die handeling. Bij een overeenkomst is essentieel dat die door beide partijen is gewild, er moet sprake zijn van wilsovereenstemming.⁷² Partijen moeten dus hetzelfde willen. Dat is denkbaar in een geval

⁶⁷ Hijma & Olthof 2008, p. 24

⁶⁸ Hijma & Olthof 2008, p. 25

⁶⁹ Hijma & Olthof 2008, p. 26

⁷⁰ Hijma & Olthof 2008, p. 26

⁷¹ Zeven 1981, p. 169

⁷² Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 4

waarbij beide partijen, naar hun eigen inzichten (subjectief dus), gebaat zijn bij de uitkomst van een overeenkomst. Heel wat minder voor de hand liggend is die wilsovereenstemming wanneer sprake is van objectief waarneembare grote ongelijkwaardigheid tussen de prestaties die beide partijen dienen te leveren. Bij Aristoteles treffen we het begrip ‘ruilrechtvaardigheid’ al aan wat zoveel wil zeggen als dat bij een wederkerige overeenkomst gelijkwaardigheid van prestaties moet worden nagestreefd. Verrijking ten koste van de wederpartij wordt afgekeurd.⁷³ Over het antwoord op de vraag of het leerstuk dat zich hier aandient, namelijk dat van de ongerechtvaardigde verrijking, zondermeer kan worden toegepast binnen het overeenkomstenrecht of dat de benadeling beoordeeld moet worden in het licht van de redelijkheid en billijkheid, wordt verschillend gedacht.⁷⁴

4.1.2) De verklaring

De verklaring dient de wil van de handelende te openbaren, m.a.w. een waarheidsgetrouwe afspiegeling te vormen van zijn interne wil.⁷⁵ Aan een zuivere interne wil komt in rechte geen gewicht toe: de wil moet in een ermee corresponderende verklaring zijn neergelegd. Deze verklaring kan een uitdrukkelijke of een stilzwijgende zijn, en is als regel niet aan vormvereisten onderworpen.⁷⁶ (Op de vraag hoe valt vast te stellen of een stilzwijgende verklaring overeenkomt met iemands interne wil, zal ik hier niet in gaan. Dat dit een lastig probleem kan vormen lijkt evident.) Wanneer weliswaar een verklaring is afgelegd, maar degene die heeft verklaard kan aantonen of in ieder geval aannemelijk maken dat de vereiste wil ontbrak, komt in beginsel de rechtshandeling niet tot stand. In beginsel, want gerechtvaardigd vertrouwen wordt beschermd. Zonder verklaring is van een rechtshandeling in ieder geval geen sprake.

Hoe nu te weten wat een partij bij een overeenkomst werkelijk wil? Uitgangspunt is de verklaring, zoals die door deze contractant, al dan niet stilzwijgend, is afgelegd. Op die verklaring moet de medecontractant, onder voorwaarde dat die verklaring in volledige vrijheid tot stand is gekomen, kunnen afgaan. Dat sluit aan bij het Romeinsrechtelijke adagium ‘Pacta sunt servanda’. Als eenmaal door de wilsverklaring een overeenkomst tot stand is gekomen, komen de vragen naar de evenredigheid van de wederzijdse prestaties of de rechtvaardigheid van de overeengekomen prijs niet meer aan de orde. Waarom zouden prestaties objectief gelijkwaardig moeten zijn? Bestaat eigenlijk wel zoiets als een objectief waardebegrip? En waarom zou men elkaar niet mogen benadelen in de handel? Wanneer we ervan uitgaan dat de mens in principe niet uit is op eigen

⁷³ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 15

⁷⁴ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 16

⁷⁵ Hijma & Olthof 2008, p. 24

⁷⁶ Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2003, p. 1264

nadeel maar veel eerder op voordeel, en als we ervan uit gaan dat volstreekte gelijkwaardigheid van contractpartijen (in economische positie, onderhandelingsvaardigheden etc) wellicht wenselijk, maar toch ook veelal illusoir is, moet dan de conclusie niet zijn dat benadeling inherent is aan het handelsverkeer? Ook dat brengt ons weer bij een Romeinsrechtelijk adagium: ‘invicem se circumscribere’, wat inhoudt dat het behalen van voordeel, ten koste van de wederpartij, is toegestaan.⁷⁷ Deze gedachten werpen wellicht een niet zo gunstig licht op het handelsbedrijf. Ze verklaren mogelijk ook de pessimistische opvattingen met betrekking tot het zielenheil van kooplieden, zoals die door vele eeuwen heen zijn geformuleerd .⁷⁸ Tegelijkertijd echter verschaft deze redenering contractanten rechtszekerheid; zij mogen afgaan op de in vrijheid afgelegde en met de wil overeenstemmende afgelegde verklaring van hun wederpartij, zolang zij daaraan een betekenis toekennen, die onder de gegeven omstandigheden redelijk is (3: 35 BW). Opgemerkt moet worden dat ook andere redeneringen denkbaar en zeer wel verdedigbaar zijn. Redeneringen die meer uitgaan van ruilrechtvaardigheid, een rechtvaardige prijs, redelijkheid en billijkheid of bescherming van een zwakkere partij.

4.1.3) Vertrouwen

Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door de ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil (3: 35 BW).

In dit artikel heeft de wetgever het vertrouwensbeginsel geformuleerd, de derde bal, om met Van Zeven te spreken, waarmee het edele biljartspel wordt bedreven.⁷⁹ De vraag die daarbij beantwoord moet worden is, welke zin onder die specifieke omstandigheden aan een verklaring kan worden

⁷⁷ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 13

⁷⁸ Voor een enkele illustratie, zie Schama 1989, p. 335: In plaats van het financieringskapitalisme stilzwijgend te steunen, deden de Nederlandse Generale synoden juist hun uiterste best hun afkeuring te laten merken. Door een besluit uit 1581 werden bankiers van de avondmaalsviering uitgesloten, waarmee ze in gezelschap kwamen te verkeren van andere mensen met schimmige beroepen – pandjesbazen, acteurs, goochelaars, acrobaten, kwakzalvers en bordeelhouders – die Gods genade niet deelachtig mochten worden. Hun echtgenoten mochten wel deelnemen aan het Avondmaal, maar alleen op voorwaarde dat ze publiekelijk het beroep van hun echtgenoten afkeurden!

.... Pas in 1658 konden de Staten van Holland de kerk ertoe overhalen dit vernederende verbod op ‘lombarden’ op te heffen.

.... Hoewel op bankiers de verdenking van woekerpraktijken bleef rusten, bezon men zich binnen het Nederlands Calvinisme op de mogelijkheid dat een christelijke koopman geen contradictio in terminis was.

... En juist de meest ondernemende en succesvolle praktijken van het Nederlands kapitalisme – monopolievorming, prijsregulering, speculatie in onroerend goed, internationale wapenhandel enzovoort – werden als onchristelijk gebrandmerkt en ingedeeld bij het domein van de hebzucht in plaats van de echte handel...

⁷⁹ Van Zeven, Du Pon & Olthof 1981, p.165

toegekend, wil gewekt vertrouwen gerechtvaardigd zijn. Wil en vertrouwen sluiten elkaar immers niet uit.⁸⁰ Het gaat niet slechts om een subjectief criterium (heeft opgevat...), maar hier wordt een objectiverend element aan toegevoegd (heeft mogen toekennen...). Er dient sprake te zijn van goede trouw, in de zin van 3: 11 BW.⁸¹ Smits komt tot de conclusie dat onderzoek door meerdere auteurs heeft aangetoond dat een maatstaf voor de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen niet goed valt te geven.⁸² ‘Noch de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen, noch het zogenaamde ‘toedoen’ van de wederpartij waarmee het vertrouwen is gewekt, bieden goede criteria’.

Kan in dat geval aan voorzienbaar nadeel voor een der handelende partijen gewicht worden toegekend? Dat zal altijd beoordeeld moeten worden naar de omstandigheden van het geval, maar duidelijk is dat op de ontvanger van een verklaring een ‘onderzoeksplicht’ kan rusten.⁸³ Hij moet zich ervan op de hoogte stellen of zijn wederpartij beseft wat hij precies verklaart. Als dit onderzoek niet plaatsvindt kan in een dergelijk geval niet van gerechtvaardigd vertrouwen worden gesproken. Als wordt aangenomen, wat toch een redelijk uitgangspunt is, dat partijen als regel niet uit zijn op hun eigen nadeel,⁸⁴ zal een duidelijk voorzienbaar nadeel voor de wederpartij toch voldoende grond zijn om de handelende partij tot het instellen van dat onderzoek te ‘verplichten’ (een onderzoeksplicht is geen rechtens afdwingbare verbintenis), op straffe van aantastbaarheid van de overeenkomst.

Benadeling laat zich moeilijk verenigen met (gerechtvaardigd) vertrouwen!

Ook als aan de eisen van 3: 35 BW is voldaan, is het nog mogelijk dat een beroep op dit wetsartikel gaat wringen met de redelijkheid en billijkheid.⁸⁵ Hijma merkt op dat dit vooral het geval zal zijn wanneer de rechtshandeling voor de niet- willende nadelig is, terwijl de ander, indien hij geen beroep kan doen op 3: 35 BW, daarvan geen nadeel ondervindt. In een dergelijk geval kan sprake zijn van misbruik van omstandigheden. Als voorbeeld noemt Hijma een situatie waarin een werknemer, in overspannen toestand, ontslag neemt.⁸⁶ Zolang nog niet in de vacature is voorzien, is van nadeel aan de zijde van de werkgever geen sprake. Zelfs in het geval van een werkneemster die, huilend, bekend een bedrag te hebben verduisterd en vrijwillig een verklaring dat ze ontslag neemt ondertekent, is sprake van misbruik van omstandigheden.⁸⁷

Hoe pakt dat uit in het geval van een objectief nadelige koopovereenkomst? De partij die bevoordeeld wordt gaat, als de koopovereenkomst wordt ontbonden, weliswaar ‘winst’ derven,

⁸⁰ Smits 1997, p. 282

⁸¹ Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2003, p. 1266

⁸² Smits 1997, p. 282

⁸³ Hijma & Olthof 2008, p. 26

⁸⁴ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 10

⁸⁵ Hijma & Olthof 2008, p. 27

⁸⁶ HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267 en HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 60

⁸⁷ Hof 's Hertogenbosch, 8 september 2006, *LJN* AY7887

maar komt niet in een situatie te verkeren die afwijkt van de situatie, vóór de rechtshandeling. In die zin lijkt van nadeel geen sprake te zijn. Hij mist slechts buitensporig voordeel.

4.1.3.1) Nadeel en schade

De situatie waarbij impulsief, of onder druk, een arbeidsovereenkomst wordt ontbonden doet schade/ nadeel ontstaan aan de kant van de werknemer. Dat nadeel bestaat uit vermogensschade en omvat het verlies aan inkomen en mogelijk het verlies aan recht op een uitkering. Indien de arbeidsrelatie in stand blijft, heeft dat geen vermogensrechtelijke gevolgen voor de werkgever. Het nadeel van de werknemer weerspiegelt zich niet in een direct voordeel voor de werkgever (die zal na het ontslag een nieuw personeelslid moeten aantrekken en derhalve vergelijkbare kosten houden). Dat ligt anders bij het vernietigen van een objectief ongelijkwaardige koopovereenkomst.

Vernietiging van de overeenkomst heft het nadeel van de benadeelde partij op, maar daar staat tegenover dat de bevoordeelde partij zijn vooruitzicht op (buitensporige)winst in rook op ziet gaan. Vermogensschade is een vorm van nadeel; dat valt af te leiden uit de tekst van 6: 95 BW. Nergens in de wet, noch in de parlementaire geschiedenis, is een definitie van schade te vinden.⁸⁸ Van schade is sprake wanneer iemands vermogen vermindert (al zijn ook andere vormen van schade denkbaar). Dat houdt dus een vergelijking in van twee toestanden van iemands vermogen; vóór en na de schadeveroorzakende gebeurtenis. Schadevergoeding is erop gericht de benadeelde zoveel mogelijk terug te brengen in de situatie voorafgaand aan dat schadeveroorzakende feit.⁸⁹ Schadevergoeding in deze zin kan gelijk gesteld worden met opheffen van nadeel.

Hartlief wijst erop dat in de wereld van het overeenkomstenrecht onderscheid wordt gemaakt tussen positief en negatief contractsbelang. Bij vergoeding van het negatief belang wordt de benadeelde gebracht in een situatie die zoveel mogelijk overeenkomt met die, waarbij de overeenkomst niet zou zijn gesloten, terwijl men bij de vergoeding van het positief belang juist uitgaat van een situatie waarbij de overeenkomst ook daadwerkelijk zou zijn uitgevoerd.⁹⁰ Bij vernietiging op grond van misbruik van omstandigheden (een wilsgebrek) gaat het erom de situatie te bereiken waarin men niet, althans niet onder deze voorwaarden , zou hebben gecontracteerd. Vergoeding van het negatief belang staat derhalve voorop. Het moge duidelijk zijn wie, in een situatie van een objectie buitengewoon onevenwichtige wederkerige overeenkomst, de benadeelde partij is. Hoe spijtig wellicht voor betrokkene, de partij die een buitensporig groot voordeel aan zijn neus voorbij ziet

⁸⁸ Spier e.a. 2003, p. 197

⁸⁹ Spier e.a. 2003, p. 198

⁹⁰ Spier e.a. 2003, p. 201

gaan kan moeilijk aangemerkt worden als benadeelde. Dat zou een groteske omkering van de feiten inhouden.

4.1.4) Waarop mag nu precies worden vertrouwd?

Maar wat is nu precies een betekenis, die onder de gegeven omstandigheden redelijk is? Waarop mag worden vertrouwd en wanneer mag van de niet-benadeelde partij wat meer worden verwacht?

4.1.4.1) Geestelijke stoornis

Heeft iemand wiens geestvermogens blijvend of tijdelijk zijn gestoord, iets verklaard, dan wordt een met de verklaring overeenstemmende wil geacht te ontbreken, indien de stoornis een redelijke waardering der bij de handeling betrokken belangen belette, of indien de verklaring onder invloed van die stoornis is gedaan. Een verklaring wordt vermoed onder invloed van de stoornis te zijn gedaan indien de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig was tenzij het nadeel op het tijdstip van de rechtshandeling redelijkerwijze niet was te voorzien (3: 34, lid 1 BW). Vaststellen wanneer een handeling onder invloed van een geestelijke stoornis is verricht, is, zeker indien ook sprake kan zijn van een tijdelijke stoornis, een hachelijke onderneming. Meijers erkent dit in zijn toelichting op het ontwerp BW. Om het bewijs niet te lastig te maken is in het tweede lid een wettelijk vermoeden geïntroduceerd. Indien de verklaring tot nadeel voor de gestoorde heeft geleid, wordt de verklaring verondersteld onder invloed van die stoornis te zijn gedaan.⁹¹ Indien dus sprake is van een geestelijke stoornis en indien sprake is van nadeel, dan wordt een causaal verband verondersteld tussen de verklaring en die stoornis. Zowel nadeel als stoornis zullen echter dienen te worden bewezen. Indien dat bewijs slaagt, is de consequentie dat de bestreden rechtshandeling vernietigbaar is (3:34, lid 2). Dat nadeel kan worden vastgesteld door uit te gaan van wat gebruikelijk is. In de zaak waarbij een vastgoedhandelaar drie beleggingspanden had gekocht van een 72-jarige alleenstaande vrouw (waarvan vaststond dat haar geestelijke vermogens blijvend of tijdelijk waren gestoord), werd een afwijking van 16 % ten opzichte van een taxatierapport zo substantieel geacht, dat sprake was van benadeling.⁹² Het causale verband tussen stoornis en verklaring werd daarmee aangenomen en de overeenkomst was daardoor vernietigbaar. (Overigens was de rechtbank van mening dat sprake was van misbruik van omstandigheden, zodat de koopovereenkomsten reeds op die grond vernietigd dienden te worden).

⁹¹ Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981, p. 165

⁹² Rb Rotterdam 9 februari 2011, LJN BP6554

4.1.4.2) Schenking

Ook in het geval van een schenking kent het BW een dergelijk wettelijk vermoeden, neergelegd in 7: 176 BW. Indien de schenker stelt tot de schenking te zijn gekomen door misbruik van omstandigheden, wordt de bewijslast van het tegendeel bij de begunstigde gelegd. Dit bewijsrechtelijk vermoeden wordt in 7: 186 uitgebreid :

1) De bepalingen van deze titel (Titel 3 Schenking) zijn van overeenkomstige toepassing op andere giften dan schenkingen, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de handeling zich daartegen niet verzet

2) Als gift wordt aangemerkt iedere handeling die er toe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. Zolang degene tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraak kan maken, worden handelingen als bedoeld in eerste volzin niet beschouwd als gift.

Van belang is daarbij wel dat de handeling er toe strekt, dat wil zeggen bedoeld is om de ene partij te verrijken, ten koste van de andere.

4.2) Conclusies/ eigen opvatting

In beide gevallen, een verklaring onder invloed van een geestelijke stoornis die nadeel tot gevolg heeft en een schenking, waarbij een beroep gedaan wordt op misbruik van omstandigheden, is het kennelijk zodanig twijfelachtig dat wil en verklaring van de benadeelde partij overeenstemmen, dat de wetgever de bewijslast opdraagt aan de begunstigde partij. Dat is een belangrijk gegeven; de ongelijkheid in prestaties, bij een schenking per definitie aanwezig, en in het geval van de geestelijke stoornis tot uitdrukking komend in het nadeel, doet het vermoeden ontstaan dat de overeenkomst in deze vorm niet gewild is. Van Loo stelt het veel algemener: een overeenkomst die niet gelijkwaardig is, wordt vermoed niet te zijn gewild door de benadeelde partij. En een overeenkomst die niet gewild is, is niet bindend.⁹³ Van Loo voegt daar aan toe, dat iemand die een overeenkomst sluit, als regel zijn eigen belang zal nastreven en derhalve niet uit zal zijn op nadeel voor zichzelf.⁹⁴ Als vervolgens onloochenbaar valt vast te stellen dat een partij aanzienlijk wordt benadeeld door een transactie, dan dringt zich toch onstuitbaar het vermoeden op, dat de benadeelde partij nooit de bedoeling gehad kan hebben de overeenkomst op deze wijze te willen.

Wat ik, in navolging van Van Loo voorsta, is in feite niet anders dan de weg, die de wetgever al gedeeltelijk is ingeslagen door, in het geval van schenking onder misbruik van omstandigheden en

⁹³ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p. 5

⁹⁴ Abas, Van Loo, Van Zijst 2003, p.10

een verklaring onder invloed van een geestelijke stoornis, het vermoeden te hanteren dat de overeenkomst niet gewild is, verder af te wandelen. Ook objectief aantoonbaar nadeel doet, wanneer een partij zich daarop beroept, vermoeden dat de overeenkomst in die vorm niet is gewenst. Waarom dan ook niet in dat geval de bewijslast neergelegd bij de begunstigde partij? Dat sluit aan bij de opvattingen van Van Dunné. Die betreurt dat bij het tot stand komen van het NBW de constructie van het vermoeden van misbruik, in het geval van ernstige benadeling, in gevallen waarbij van schenking geen sprake is, van de hand is gedaan. Hij acht dat vermoeden en de daaraan gekoppelde omkering van de bewijslast, een mooi mechanisme, dat de rechtspositie van de zwakkere partij kan versterken.⁹⁵ Nu dient de rechter, indien gewenst, zijn toevlucht te nemen tot 150 Rv, dat bewijslastverdeling naar redelijkheid mogelijk maakt.

Natuurlijk kunnen tegen bovenstaande redenering en haar consequenties bezwaren ingebracht worden. Bezwaren, die vooral zullen samenhangen met de rechtszekerheid/ het vertrouwen dat iemand mag hebben in een afgelegde verklaring. Bezwaren ook die samenhangen met de wijze waarop objectief nadeel kan worden vastgesteld (al heeft de rechtbank Rotterdam, zoals uit bovenstaand vonnis blijkt, aangetoond daar wel raad mee te weten) . Dergelijke bezwaren snijden wel degelijk hout. Ze ontnemen aan de bovenstaande redenering echter niet haar kracht en zuiverheid. Wel blijft het biljartspel een spel met een keu en drie ballen.....

Hoofdstuk 5

5.1) Wilsgebreken

De situatie waarbij wil en verklaring niet overeen stemmen (of worden vermoed niet overeen te stemmen; er is sprake van dissensus) moet worden onderscheiden van die, waarbij wil en verklaring van de handelende wel overeenstemmen (consensus), maar de wil op onzuivere wijze tot stand is gekomen.⁹⁶ De wil bestaat wel degelijk, maar de omstandigheden waaronder ze is gevormd rechtvaardigen een beroep op vernietiging. Er is sprake van een wilsgebrek. BW kent vier wilsgebreken. In 3: 44 BW zijn dat respectievelijk bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden terwijl 6: 228 BW over dwaling handelt. Hoewel (buitensporig) nadeel een indicatie kan vormen voor de aanwezigheid van een wilsgebrek, is voor de vernietiging van de rechtshandeling nadeel geen vereiste.⁹⁷ Daarover later meer.

⁹⁵ Van Dunné 2001, p. 584

⁹⁶ Hijma & Olthof 2008, p. 35

⁹⁷ HR 19 januari 2001, NJ 2001, 159

Bedreiging, bedrog en dwaling blijven hier onbesproken. Misbruik van omstandigheden bevat, zoals verderop zal worden uitgelegd, het element van de ongelijkwaardige contractanten. Die ongelijkwaardigheid kan zich vertalen in een ‘onrechtvaardige prijs’ of buitengewoon nadeel voor de zwakkere partij. Misbruik van omstandigheden botst daarmee met de iustum pretium-leer, waar het juist handelt om min of meer gelijkwaardige prestaties. Om die reden zal aan misbruik van omstandigheden nader aandacht worden geschonken.

5.1.1) Misbruik van omstandigheden

Art. 3: 44, lid 4 BW luidt: *Misbruik van omstandigheden is aanwezig wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen, hem daarvan zou behoren te weerhouden*

Om van misbruik van omstandigheden te kunnen spreken moet allereerst sprake zijn van bijzondere omstandigheden. Het bijzondere kan daarbij zowel gelegen zijn in de economische situatie waarin iemand verkeert als in de geestestoestand waaronder hij tot een rechtshandeling besluit.

Kenmerkend voor de omstandigheden is, dat degene die zich in die omstandigheden bevindt, een zwakke positie inneemt ten opzichte van de ander.⁹⁸ Die omstandigheden op zich zijn echter niet voldoende; de wederpartij weet van die omstandigheden en bevordert toch het tot stand komen van de rechtshandeling. Tussen omstandigheden en rechtshandeling dient een causaal verband te bestaan.⁹⁹

Indien de bijzondere omstandigheden niet aan de orde zouden zijn geweest, moet worden aangenomen dat de betreffende rechtshandeling niet, of niet onder dezelfde condities tot stand zou zijn gekomen (causaliteit). De wettelijke opsomming (noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid) is niet limitatief.¹⁰⁰ Doch ook indien in een min of meer ernstige noodtoestand een overeenkomst wordt gesloten, verlangt het rechtsgevoel niet altijd een middel om daar tegen op te komen. Slechts indien er strijd is met de rechtvaardigheid, indien van de noodtoestand misbruik wordt gemaakt, doet zich de behoefte gevoelen aan een dergelijke overeenkomst haar rechtskracht te ontnemen.¹⁰¹ Niet de noodtoestand, maar het misbruik is bepalend. Het lijkt er hier op dat ‘strijd met de rechtvaardigheid’ een indicator vormt voor de

⁹⁸ Nieuwenhuis, Stolker & Valk, p. 1279

⁹⁹ Hijma & Olthof 2008, p. 37

¹⁰⁰ Hijma e.a. 2004, p. 233

¹⁰¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010, p. 216

aanwezigheid van misbruik. Aanzienlijk objectief nadeel (wat toch strijdig is met het gevoel voor rechtvaardigheid) vormt zo een sterke aanwijzing voor misbruik van omstandigheden.

Voor misbruik van omstandigheden is verder nodig dat hetgeen de wederpartij weet of moet begrijpen, haar van het bevorderen van de rechtshandeling had behoren te weerhouden. Deze wetenschap moet uiteraard in de eerste plaats betrekking hebben op de omstandigheden waarin de ander zich bevindt en voorts op het feit dat deze de overeenkomst, ware hij vrij geweest om zijn belangen naar behoren te behartigen, niet had willen sluiten.¹⁰² Een weldenkend, fatsoenlijk mens zou onder die gegeven omstandigheden het tot stand komen van de overeenkomst niet hebben bevorderd. In dat ‘bevorderen’ ligt een actief handelen besloten. Iemand die, wel wetend van de benarde omstandigheden waaronder zijn wederpartij verkeert, passief afwacht tot de nood bij de wederpartij zo hoog is geworden, dat deze het initiatief neemt tot een buitengewoon onevenredige overeenkomst, kan niet verweten worden dat hij het tot stand komen van deze rechtshandeling heeft bevorderd. Kennis van de omstandigheden alleen is dus niet voldoende om met succes een beroep op misbruik te kunnen doen. Er moet ook sprake zijn van bevorderen (stimuleren van het tot stand komen van) een rechtshandeling. Dergelijk gedrag is maatschappelijk onbetamelijk. Indien aan deze voorwaarden is voldaan en een rechter toch meent dat van misbruik geen sprake is, stelt dat zeer hoge motiveringseisen aan de uitspraak, waarbij alle omstandigheden in hun onderlinge verband moeten worden gezien.¹⁰³

5.2) Een onderverdeling

De in art. 3: 44 BW opgesomde gevallen zouden kunnen worden onderverdeeld in situaties waarin sprake is van economisch of van geestelijk overwicht.¹⁰⁴ Van Dunné toont enerzijds begrip voor het feit dat de wetgever geen verschil maakt tussen deze beide categorieën; te vaak is in een economische dwangsituatie immers ook sprake van een vertrouwensrelatie,¹⁰⁵ maar anderzijds pleit hij toch voor het aanbrengen van dit onderscheid in het BW. Nadeel, in de zin van financieel nadeel, zou in zijn visie gekoppeld moeten worden aan misbruik van een economische machtspositie. De rechtspraak maakt duidelijk dat in gevallen van economisch overwicht misbruik van omstandigheden niet snel wordt aangenomen. Voorbeelden waarbij sprake is van een economische dwangpositie zijn te vinden in de jurisprudentie rond bierbrouwerijcontracten.¹⁰⁶ Het enkel gebruik maken van een

¹⁰² Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010, p. 220

¹⁰³ HR 9 januari 2004, LJN: AF9656

¹⁰⁴ Van Rossum 1998, p. 15

¹⁰⁵ Van Dunné 2001, p. 582

¹⁰⁶ HR 10 december 1965, NJ 1967, 80

sterkere positie door voordelen te bedingen, impliceert nog geen misbruik.¹⁰⁷ Zelfs een monopoliepositie levert nog geen misbruik op. Er is in een dergelijk geval eerst sprake van misbruik indien de nadelen voor de wederpartij zo bezwaarlijk worden dat de monopolist in redelijkheid niet tot een zodanige behartiging van zijn eigen belangen kon komen.¹⁰⁸ In dit laatste geval hanteert de Hoge Raad de redelijkheidstoets.¹⁰⁹ Gebruik van een monopoliepositie acht de Hoge Raad niet onrechtmatig, ook al is dat gebruik bezwaarlijk.¹¹⁰ Buitengewoon nadeel is hier dus zelfs meer dan een indicatie van misbruik; in het geval van een zeer sterke economische machtspositie vormt het een voorwaarde om van misbruik van omstandigheden te kunnen spreken. Niet de monopoliepositie op zich, niet het nadeel als zodanig, maar de strijd met de redelijkheid en billijkheid (tot uiting komend in het buitengewone nadeel) vormt de basis voor aantasting van de overeenkomst. Anders ligt dat bij het gebruik maken van een dwangpositie; daar geldt dat gebruik maken van die positie op zich al onbehoorlijk en onrechtmatig is. Bewust gebruik maken van een dwangpositie leidt tot misbruik, zo concludeert Van Rossum aan de hand van een arrest van de Hoge Raad.¹¹¹ Zij acht dit onderscheid tussen de consequenties die aan een monopoliepositie dan wel een dwangpositie worden verbonden terecht; de monopoliepositie kan niet worden opgeheven, terwijl aan een dwangpositie wel een eind gemaakt kan worden.

Van belang is de constatering van Van Rossum dat misbruik van omstandigheden wordt gezien als een ‘verzamelbegrip’. De elementen misbruik, benadeling, omstandigheden en oorzakelijk verband vormen een combinatie (combinatie- of gradatiemethode), waarbij de afzonderlijke elementen onderling, van geval tot geval, van betekenis kunnen verschillen.¹¹² Deze ontwikkeling acht zij gunstig omdat ze inhoudt dat een beroep op misbruik van omstandigheden genuanceerd en niet formalistisch moet worden benaderd. Als dat redelijk is kan, zelfs als niet strikt formeel aan alle eisen van 3: 44 lid 4 BW is voldaan (en benadeling is daar zelfs geen eis), de redelijkheid toch met zich brengen dat sprake is van misbruik van omstandigheden.¹¹³ Nadeel krijgt, in de combinatiemethode, een volwaardige plaats als het gaat om vast te stellen of sprake is van misbruik van omstandigheden. In gevallen van geestelijk overwicht legt de Hoge Raad in het bijzonder nadruk op de onderlinge relatie tussen partijen. Daarbij is geen vereiste dat de misbruiker bekend is met alle bijzondere omstandigheden.¹¹⁴

¹⁰⁷ HR 29 april 1971, NJ 1972, 336

¹⁰⁸ HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252

¹⁰⁹ Van Rossum 1998, p. 32: zie ook HR 8 februari 2002, LJN AD6092

¹¹⁰ Van Rossum & Schabos 2004, p. 882

¹¹¹ Van Rossum & Schabos 2004, p. 883

¹¹² Van Rossum & Schabos 2004, p. 884

¹¹³ Van Rossum & Schabos 2004, p. 884

¹¹⁴ Rb Arnhem 28 mei, 2008, LJN BD6015: zie ook HR 30 juni 1978, NJ 1978, 610 en HR 29 november 2002, 243

Er moet een causaal verband bestaan tussen de benarde omstandigheden waarin het slachtoffer zich bevindt en het aangaan van de overeenkomst. De misbruiker hoeft het slachtoffer niet tot de rechtshandeling te bewegen; voldoende is dat deze wordt bevorderd.¹¹⁵

5.2.1) Nadeel nader beschouwd

Het woord nadeel of benadeling komt in de tekst van art. 3: 44 BW lid 4 niet (meer) voor. Dat was in het Ontwerp Meijers nog nadrukkelijk anders (zie 5.3.1). Objectief nadeel wordt dus niet als een constitutief element voor vernietiging op grond van misbruik van omstandigheden vereist.¹¹⁶ In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen objectief nadeel (ernstige onevenredigheid in prestaties) en subjectief nadeel (niet financieel, onstoffelijk nadeel).¹¹⁷ Nadeel, en dat kan ook immaterieel van aard zijn, kan natuurlijk wel een rol spelen bij de feitelijke beoordeling of sprake is van misbruik.¹¹⁸ En speelt die rol, zoals Van Rossum aantoonde, ook in toenemende mate.¹¹⁹ Een inmiddels klassiek arrest over dit onderwerp is Van Elmbt/ Feierabend, waarin een adviseur van de geestelijk en financieel penibele situatie van een weduwe tracht te profiteren door haar woning te kopen. De overeenkomst wordt vernietigd ondanks het feit dat de koper bereid was een redelijke prijs te betalen (dat valt tenminste af te leiden uit de overwegingen van de Rb. Maastricht, die bij vonnis van 22 september 1960 ondermeer overwoog: ‘...dat ten deze, nu tussen pp. in confesso is, dat ten tijde van het verlijden der acte die goederen bij twee afzonderlijke schattingen telkens waren geschat op een waarde van f 50.000,=, i.v.m. transportkosten een koopsom van f 46.000,= niet als onevenredig laag is aan te merken....’¹²⁰ De opvatting, dat wel degelijk sprake is van financiële benadeling wordt overigens ook verdedigd.¹²¹

Omgekeerd is enkel financieel nadeel niet voldoende om misbruik van omstandigheden aannemelijk te maken. Bij het sluiten van een overeenkomst kan sprake zijn van ongelijkheid in posities en die ongelijkheid kan een economische basis hebben. Dat is echter onvoldoende om al te kunnen spreken van misbruik van omstandigheden.¹²² Wel is Van Rossum van mening dat misbruik van

¹¹⁵ Van Rossum 1998, p. 27

¹¹⁶ Van Rossum 1998, p. 5

¹¹⁷ Van Rossum 1998, p. 36

¹¹⁸ Hijma e.a. 2004, p. 234

¹¹⁹ Van Rossum & Schabos 2004, p. 886

¹²⁰ HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104

¹²¹ Van Dunné bestrijdt met kracht van argumenten, dat bij Van Elmbt/ Feierabend geen sprake zou zijn van financiële benadeling. Weliswaar was op het moment van sluiten van de overeenkomst de prijs niet onredelijk, maar het feit dat deze prijs vast lag (na een jaar had de weduwe al een bod van 95.000,= gulden ontvangen) en vooral het door Van Elmbt bedongen optierecht, dat zelfs na aflossing van de lening nog tien jaar door zou werken, in een markt met stijgende prijzen van onroerende zaken, maakt het in zijn ogen een canard van de eerste orde, dat in de literatuur over dit aspect wordt heen gekeken.

¹²² Hijma e.a. 2004, p. 236

omstandigheden moeilijk valt voor te stellen in een situatie waarbij van geen enkel nadeel sprake is.¹²³ Zij wordt daarin gesterkt door een uitspraak van de Hoge Raad¹²⁴ waaruit zij concludeert dat de Hoge Raad veel aandacht schenkt aan het financieel nadeel dat het slachtoffers heeft geleden.¹²⁵ Volgens haar is met de formulering van 3: 44 lid 4 BW het vereiste van benadeling formeel vervallen maar toont de rechtspraak aan dat zonder nadeel een beroep op misbruik van omstandigheden weinig zin heeft;¹²⁶ een bepaalde mate of vorm van benadeling is niet vereist. Van Dunné gaat een flink stuk verder; hij baseert zich op het arrest Bluyssen/ Kolhorn van de Hoge Raad,¹²⁷ waar dit arrest zegt ‘...de opvatting waarvan het cassatiemiddel uitgaat, namelijk dat de gestelde feiten misbruik van omstandigheden opleveren, ook zonder dat van enige benadeling van B. sprake kan zijn, kan niet worden aanvaard...’¹²⁸ Dat brengt hem tot de conclusie ‘...Kortom, benadeling is gewoon vereist, zoals dat ook bij bedreiging (dwang) van lid 2 in de wet staat; het mag echter ook ander nadeel dan financieel nadeel zijn...’¹²⁹

Volgens de Hoge Raad gaat de algemene stelling te ver dat al sprake zou zijn van misbruik van omstandigheden, ... ‘als die omstandigheden zijn gelegen in een economische dwangpositie die haar tot het aangaan van de overeenkomstbracht, waartoe zij, zo zij niet in die omstandigheid had verkeerd, wegens de daaraan voor haar verbonden nadelen, niet zou zijn overgegaan en voorts de andere partij zich van het een en ander bewust is geweest.’¹³⁰ Niet de machtspositie is beslissend, maar het misbruik maken daarvan.

5.2.2) Het Ontwerp Meijers en het verdwijnen van het nadeelvereiste

De onduidelijkheid rondom het nadeelvereiste is in feite veroorzaakt door een wijziging in het Ontwerp Meijers van boek 3 BW. De zaak rond het ‘knevelcontract’ waarmee brouwerij De Drie Hoefijzers een lokale kroegbaas in een wurggreep hield kan hierbij als illustratie dienen. In dit arrest, een klassiek bierbrouwerijarrest, is Vleugels, de uitbater van een café in Mechelen (Limburg), middels een contract met een looptijd van 25 jaar gebonden aan een verplichting tot afname van bier van brouwerij De Drie Hoefijzers.¹³¹ Het hof Amsterdam overweegt dat door dit beding aanzienlijke eenzijdige benadeling heeft plaatsgevonden. Deze benadeling levert een gewichtig

¹²³ Van Rossum 1998, p. 11

¹²⁴ HR 9 januari 2004, NJ 2004, 141

¹²⁵ Van Rossum & Schabos 2004, p. 881

¹²⁶ Van Rossum & Schabos 2004, p. 882

¹²⁷ HR 13 juni 1975, NJ 1976, 98

¹²⁸ Van Dunné 2001, p. 589

¹²⁹ Van Dunné 2001, p. 590

¹³⁰ HR 2 november 1979, NJ 1980, 429

¹³¹ HR 3 januari 1969, NJ 1979, 80

vermoeden op van misbruik van omstandigheden. De omstandigheden waaronder Vleugels is gekomen tot het sluiten van deze overeenkomst, maken dat vermoeden definitief en het bestreden beding nietig.¹³²

Deze uitspraak is in lijn met het Ontwerp Meijers. Als vierde wilsgebrek werd hier misbruik van omstandigheden geïntroduceerd. Meijers sloot hier aan bij de Engelse figuur ‘undue influence’ die betrekking heeft op het misbruik maken van geestelijk overwicht. Als kan worden aangetoond dat sprake is van een vertrouwensrelatie levert dat een vermoeden van ‘undue influence’ en omkering van de bewijslast op.¹³³ Art. 3.2.10 lid 4 van het Ontwerp Meijers luidde:

Misbruik van omstandigheden is aanwezig wanneer iemand van andermans noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid gebruik maakt, om deze tot een bepaalde voor hem nadelige rechtshandeling te bewegen. Is de benadeling onevenredig groot en is noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid van de benadeelde bewezen, dan wordt misbruik van omstandigheden vermoed.

Het nadeelvereiste is hier nog nadrukkelijk aanwezig maar wordt in 1971 bij Gewijzigd Ontwerp geschrapt en in dezelfde pennenstreek verdwijnt ook de vermoedenconstructie. Van Dunné¹³⁴ stelt dat deze wijziging is ingegeven door de behoefte de lijn van de Hoge Raad, zoals die in Van Elmbt/Feierabend is uitgezet, te volgen. Het schrappen van het nadeelvereiste heeft de discussie rondom de rol van nadeel bij misbruik van omstandigheden echter bepaald niet doen verstommen.

5.2.3) Het(wat wonderlijke) artikel 3: 54 BW

‘De bevoegdheid om ter vernietiging van een meerszijdige rechtshandeling een beroep te doen op misbruik van omstandigheden vervalt, wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft’ (3: 54 lid 1 BW).

Een helder en ogenschijnlijk praktisch artikel dat het verstoorde evenwicht tussen partijen bij een wederkerige overeenkomst kan doen herstellen, in lid 1 door de benadelende partij (en in lid 2 door de rechter, op verzoek van een der partijen). Wat opvalt is dat de wetgever hier, in het geval van misbruik van omstandigheden, lijkt uit te gaan van het gegeven dat daardoor een der partijen is benadeeld. Dat nadeel zal meestal van vermogensrechtelijke aard zijn, maar is niet noodzakelijkerwijs tot stoffelijk nadeel beperkt,¹³⁵ zo blijkt uit de Parlementaire geschiedenis. Het is lastig vast te stellen hoe dit zich nu precies verhoudt tot 3: 44 lid 4 BW, waar nadrukkelijk wordt

¹³² Van Dunné 2001, p. 578

¹³³ Van Dunné 2001, p. 577

¹³⁴ Van Dunné 2001, p. 578

¹³⁵ Van Zeven, Du Pon & Olthof 1981, p. 210

gesteld dat nadeel geen constitutief vereiste is voor misbruik van omstandigheden maar ook niet een voldoende voorwaarde om daarvan te kunnen spreken. Het lijkt erop dat 3: 54 bevestigt wat Van Rossum al stelde, namelijk dat misbruik van omstandigheden moeilijk valt voor te stellen zonder dat sprake is van een vorm van benadeling.¹³⁶ Van Dunné is nog stilliger. Hij stelt dat de wetgever, om de lijn te volgen zoals die door de Hoge Raad was uitgezet met Van Elmbt/ Feierabend, zowel het nadeelsvereiste als de omkering van de bewijslast uit het ontwerp Meijers heeft geschrapt.¹³⁷ Het oorspronkelijke nadeelsvereiste is in zijn visie geïncorporeerd in de ‘omstandigheden die maken dat hij had moeten begrijpen’ (3: 44, lid 4 BW). Volgens hem is het daarmee niet geheel van tafel verdwenen en in 3: 54 gewoon blijven staan.

5.3) Conclusie/ eigen opvattingen

Misbruik van omstandigheden is nauwelijks denkbaar zonder benadeling. De aanwezigheid van buitengewoon groot nadeel vormt daarom een ernstige aanwijzing voor misbruik van omstandigheden. Een onweerlegbaar bewijs vormt het echter niet. Buitensporig nadeel doet daarom slechts vermoeden dat de overeenkomst in deze vorm niet gewild is. Het biedt in het huidige BW geen zelfstandige grond voor aantasting van een overeenkomst. Maar iemand die zijn wederpartij buitensporig benadeelt dient toch te begrijpen (overeenkomstig 3:44 lid 4 BW) dat dit, onder normale omstandigheden, nooit met de wens van die wederpartij overeen kan komen. Het is redelijk in een dergelijke situatie misbruik te vermoeden en de bewijslast te leggen bij de bevoordeelde partij. Het Ontwerp Meijers was zo gek nog niet!

Hoofdstuk 6

6.1) De plaats van buitengewoon nadeel in The Principles of European Contract Law (PECL), Draft Common Frame of Reference (DCFR) en Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UP), vergeleken met 3: 44 lid 4 BW

De toenemende invloed vanuit de Europese Unie op nationale wetgeving en in het bijzonder ook op het contractenrecht is onmiskenbaar. Al in 1989 riep het Europees Parlement op tot het maken van een Europees Burgerlijk Wetboek.¹³⁸ Hoewel aanvankelijk reacties van de zijde van andere Europese instellingen achterwege bleven, kwam, na een aantal volgende resoluties, de Europese Commissie in

¹³⁶ Van Rossum 1998, p. 11

¹³⁷ Van Dunné 2001, p. 578

¹³⁸ Resolutie A2-157/89, Pb. EG 1989, C 158/400

actie.¹³⁹ Die actie heeft uiteindelijk in 2009 geresulteerd in een Draft Common Frame of Reference. Een dergelijk gemeenschappelijk referentiekader kent verschillende aspecten. Allereerst worden begrippen, zoals die in EU-wetgeving voorkomen, nader gedefinieerd. Daarnaast zijn algemene regels opgesteld, of, zo kan ook worden gezegd, worden Europese beginselen geformuleerd. Daarmee heeft de Europese Commissie de aanpak gevolgd, zoals die ook door de Commission of European Contract Law (Lando commissie naar haar voorzitter Ole Lando) werd gekozen bij het formuleren van de Principles of European Contract Law. Een derde aspect van het gemeenschappelijk referentiekader is dat de Europese Commissie hiermee ook de ‘beste oplossingen’ heeft willen vaststellen en daarmee in feite bezig is met het maken van een Europees wetboek. Bepaald niet iedereen is overtuigd van de wenselijkheid van de komst van een dergelijk wetboek.¹⁴⁰

De doelstelling van PECL luidt¹⁴¹: *‘These principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Union’*. Smits merkt daarbij op dat dit voorlopig een doelstelling is voor de (middel-) lange termijn.¹⁴² Het dwingendrechtelijke karakter ontbreekt ten enenmale aan deze Principles, al bieden ze wel aan partijen de mogelijkheid om, naast dwingend nationaal recht, een neutrale set beginselen toepasbaar te verklaren op hun overeenkomst. Bij het formuleren van PECL moesten de soms aanzienlijke verschillen tussen Europese rechtsstelsels worden overbrugd. Vooral bij verschillen tussen civil law en common law was dat een lastige opgave.¹⁴³

Binnen de PECL zijn, evenals in het BW bepalingen opgenomen die voortkomen uit twee, naar hun aard tegenstrijdige grondslagen. Enerzijds is de autonomie van contractpartijen het uitgangspunt, zo blijkt o.a. uit 1: 102 (1) PECL: *Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing....* Anderzijds zijn, zoals in art. 4: 109 PECL, regelingen opgenomen die de zwakkere partij beschermen. Dat deze uitgangspunten (pacta sunt servanda of iustum pretium?) botsen is onvermijdelijk.¹⁴⁴

De inhoud van PECL lijkt sterk op de al in 1994 verschenen Unidroit Principles of International Commercial Contracts, al beogen die een bredere, universele werking.

6.1.1) PECL in relatie tot laesio enormis en misbruik van omstandigheden

De toekomst voorspellen is een hachelijke onderneming. Toch lijkt het niet al te gewaagd bij het navolgende uit te gaan van de aanname dat alles wat inmiddels geproduceerd is in het kader van

¹³⁹ Smits 2004, p. 497

¹⁴⁰ Smits 2004, p. 500

¹⁴¹ PECL, Chapter 1: General Provisions, Section 1: Scope of the Principles, Article 1: 101, 1

¹⁴² Smits 2001, p. 237

¹⁴³ Smits 2001, p. 235

¹⁴⁴ Golecki 2009, p. 159

PECL, DCFR en UP richtinggevend zal zijn voor de ontwikkelingen van het Europese burgerlijke recht en daarmee ook voor het Nederlandse overeenkomstenrecht. De vraag dringt zich dan op wat binnen deze ‘principles’ de plaats is, die wordt toegedacht aan het probleem van de ongelijkwaardigheid van prestaties bij een wederkerige overeenkomst, al dan niet in relatie tot misbruik van omstandigheden. Dit komt aan de orde in art. 4: 109 PECL.

6.1.1.1) Article 4: 109 Excessive Benefit or Unfair Advantage

Zowel buitensporige winst als oneerlijk voordeel (en voordeel voor de ene is toch nadeel voor de andere contractpartij?) duidt op onevenredigheid van prestaties die, onder nader aan te geven omstandigheden, een overeenkomst aantastbaar maakt. De tekst van het bewuste artikel luidt:

1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill and

b) the other party knew or had to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party’s situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit

2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed

3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

Hoewel de titel van art. 4: 109 PECL lijkt te refereren aan de rechtsfiguur ‘laesio enormis’ of zelfs aan de iustum pretium-leer, geeft het artikel geen antwoord op de vraag aan welke vereisten een ‘rechtvaardige prijs’ moet voldoen en evenmin wordt duidelijk wanneer nadeel buitensporig is. Van beginselen mag dat trouwens ook niet verlangd worden. Tekstueel is de overeenkomst met het Nederlandse wilsgebrek ‘misbruik van omstandigheden’ groot.¹⁴⁵ Wel valt meteen op dat, anders dan in BW3: 44 lid 4, (groot) nadeel bij een contractpartij een grond vormt voor de ontbinding of aanpassing van een overeenkomst. De titels van beide artikelen suggereren een verschil in benadering. In het BW vormen de omstandigheden waaronder een overeenkomst tot stand komt het uitgangspunt. Die kunnen zodanig zijn, dat van misbruik sprake is. Art. 4: 109 PECL lijkt veel meer de uitkomst van de overeenkomst als vertrekpunt te nemen; wanneer die uitkomst hoogst oneerlijk is of

¹⁴⁵ Busch 2002, p. 211

een buitensporige winst met zich brengt, kan dat aanleiding zijn voor vernietiging (of aanpassing) van de overeenkomst.

Vereist voor een geslaagd beroep op deze vernietigingsgrond is, dat degene die zich erop beroept afhankelijk was van of een vertrouwensrelatie had met de wederpartij, in financiële nood verkeerde of onbesuisd, onwetend of onervaren was. Omstandigheden die sterk overeenkomen met de voorwaarden, zoals die gesteld worden in 3: 44 lid 4 BW.¹⁴⁶ Dit vereiste benadrukt dat het beschermen van de vrije wil een doel is van het overeenkomstenrecht, veel eerder dan het beoordelen van de volstrekke evenwichtigheid van de prestaties van de handelende partijen. Maar ook benadeling van de wederpartij, tot uiting komend in buitensporige winst of oneerlijk voordeel neemt een volwaardige plaats in binnen 4: 109 PECL. De iustum pretium-leer (het kleine nadeel) verdwijnt van het toneel of op zijn minst naar de achtergrond. Het tegendeel geldt voor de rechtsfiguur laesio enormis (het grote nadeel). Dat grote nadeel moet zijn ontstaan doordat de wederpartij, terwijl sprake was van een afhankelijkheidsrelatie of bijzondere omstandigheden, dit heeft uitgebuit. Het algemene karakter van PECL brengt met zich dat geen concreet criterium wordt aangereikt waarmee kan worden vastgesteld of voordeel buitensporig is. Dat zal dus steeds afhangen van de omstandigheden van het concrete geval.

De buitensporige winst of het hoogst oneerlijke voordeel kunnen worden veroorzaakt door het falen van de markt (economisch) of door oorzaken die meer met de persoon of de omstandigheden van de

¹⁴⁶ Een schematisch weergegeven tekstuele vergelijking van 3: 44 lid 4 BW en 4: 109 PECL van de omstandigheden waaronder een overeenkomst kan worden vernietigd, levert het volgende beeld op:

3: 44 lid 4 BW	4: 109 PECL
a) afhankelijkheid b) noodtoestand c) lichtzinnigheid d) abnormale geestestoestand e) onervarenheid	a) afhankelijkheid b) vertrouwensrelatie c) economische nood d) dringende behoefte e) onbesuisdheid f) onwetendheid g) gebrek aan onderhandelingsvaardigheden

Terwijl over de misbruik makende partij wordt gezegd:

3: 44 lid 4 BW	4: 109 PECL
a) partij wist of had moeten begrijpen in welke situatie wederpartij verkeerde b) bevordert tot stand komen rechtshandeling c) kennis zou hem daarvan hebben moeten weerhouden	a) partij wist of had moeten weten van omstandigheden waarin wederpartij verkeerde b) had voordeel van die situatie c) op een wijze die hoogst oneerlijk was of een buitensporige winst opleverde

zwakkere partij samenhangen.¹⁴⁷ Het is overigens niet zo, dat hoogst oneerlijk handelen zich altijd dient te vertalen in financiële winst aan de ene of geldelijk nadeel aan de andere zijde.¹⁴⁸

PECL biedt de mogelijkheid de overeenkomst aan te passen. Daarbij wordt het bestaande contract in overeenstemming gebracht de vereisten van ‘good faith and fair dealing’. Uitgangspunt is kennelijk een hypothetisch ideaal verlopen onderhandelingsproces. Wanneer de uitkomsten van een daadwerkelijke overeenkomst daarmee worden vergeleken, kan de rechtbank vaststellen of sprake is van ‘excessive benefit or unfair advantage’.¹⁴⁹ De contractvrijheid kan achteraf beperkt worden in gevallen waarin het resultaat economisch inefficiënt en (dus) sociaal ongewenst is.¹⁵⁰ Dat komt overeen met de mogelijkheid die al in het rescript C.4.44.2 van Diocletianus werd aangegeven; de overeenkomst kan worden ontbonden of de koper kan ervoor kiezen de prijs aan te vullen tot de ‘gerechte prijs’.

De procedure die PECL hanteert teneinde ‘excessive benefit or unfair advantage’ te corrigeren sluit aan bij de opvattingen van Smits over datgene, waarop een contractpartij mag vertrouwen.¹⁵¹ In beide gevallen wordt aansluiting gezocht bij wat ‘normaal’ is.

Lid 2 en 3 van art.4: 109 PECL geeft de rechter de mogelijkheid op verzoek van een van beide partijen (onder duidelijke voorwaarden) de overeenkomst aan te passen. Daardoor valt het oneerlijke karakter of de buitensporige winst weg en kan de overeenkomst (gewijzigd) in stand blijven. Art. 3:54, lid 2 BW bepaalt eveneens dat de rechter bevoegd is, op verzoek van een der partijen, de gevolgen van de rechtshandeling te wijzigen, opdat het nadeel daarvan wordt opgeheven. Bovendien kan, volgens het eerste lid van art.3: 54 BW, de bevoordeelde partij, door tijdig wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voor te stellen die het nadeel opheft, het recht om een beroep te doen op misbruik van omstandigheden doen vervallen.

Op dit punt gaat het BW dus verder dan art. 4:109 PECL. De ‘misbruiker’ kan, zonder tussenkomst van de rechter, door adequaat handelen een mogelijk beroep op ‘misbruik van omstandigheden’ voorkomen.

6.1.2) Een korte blik op het Draft Common Frame of Reference (DCFR)

‘Misbruik van omstandigheden’ heeft binnen het Gemeenschappelijk Referentiekader een plaats gekregen onder de noemer ‘Unfair exploitation’ (art. 7: 207 DCFR). De tekst daarvan is in hoge mate

¹⁴⁷ Golecki 2009, p. 160

¹⁴⁸ Busch 2002, p. 213

¹⁴⁹ Golecki 2009, p. 166

¹⁵⁰ Golecki 2009, p. 170

¹⁵¹ Smits 1998, p. 344

gelijk aan die van art. 4: 109 PECL.¹⁵² Een inhoudelijk verschil is er niet; 'voordeel trekken uit' en 'gebruik maken van/ exploiteren' vooronderstellen beide een actief handelen in de wetenschap van, in termen van Nederlands recht, een gebrekkig gevormde wil. Dat is kenmerkend voor het misbruik maken van de omstandigheden waarin de wederpartij verkeert.

6.1.3) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

Een afwijkende benadering is te vinden in art. 3.10 UNIDROIT. Het tweede en derde lid van dit artikel komen overeen met art. 4: 109 PECL, waar het gaat om de mogelijkheid om de overeenkomst aan te doen passen door de rechter. Het eerste lid luidt echter:

A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to:

- a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skills, and*
- b) the nature and purpose of the contract*

Misbruik is hier geen voorwaarde; bepalend is het buitensporige voordeel (laesio enormis). Grote, inhoudelijke onevenwichtigheid is voldoende voor vernietiging van de overeenkomst of een bepaling daaruit, al kan misbruik van de positie van de zwakkere partij wel een factor zijn waarmee rekening wordt gehouden.¹⁵³ Ook zonder afhankelijkheidsrelatie (economisch of geestelijk) kan een overeenkomst of beding terzijde worden gesteld indien een onrechtvaardig of buitensporig voordeel is bedongen en de aard of het doel van de overeenkomst daartoe aanleiding geeft.¹⁵⁴

6.2) Uitkomst vergelijking

Het misbruik maken van de omstandigheden waarin een contractpartij verkeert, of dit nu wordt ingegeven door een afhankelijkheidsrelatie of door economische nood of onervarenheid, kan leiden

¹⁵² Hieronder in schema de tekst van 4:109 PECL en 7: 207 DCFR:

4: 109 PECL	7: 207 DCFR
The other party knew, or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.....	The other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or unfair advantage.....

¹⁵³ Hesselink 2004, p. 80

¹⁵⁴ Van Rossum 1998, p. 6

tot vernietiging of aanpassing door de rechter van een overeenkomst. Tot zover is er weinig verschil tussen wat geregeld wordt in art. 4: 109 PECL, art. 3:44 lid 4 BW en art. 7:207 DCFR .

Een bijzonder belangrijk verschil is echter gelegen in de component nadeel. In het geval van PECL en DCFR dient de partij die ontbinding van de overeenkomst wil, te bewijzen dat de wederpartij ‘grossly unfair advantage or excessive benefit’ heeft behaald (al hoeft dit voordeel niet van financiële aard te zijn. Bepalend is het misbruik). In 3:44 lid 4 BW is de aanwezigheid van nadeel geen vereiste, maar evenmin voldoende om misbruik van omstandigheden aan te nemen. Laesio enormis vormt in PECL en DCFR grond voor aantasting van een buitengewoon ongelijkwaardige overeenkomst al moet nog wel aan andere voorwaarden zijn voldaan.

UNIDROIT gaat nog een stap verder; daar is de uitkomst, een ‘niet te rechtvaardigen buitensporig voordeel’, bepalend voor een mogelijke vernietiging van een overeenkomst. Hier zien we de rechtsfiguur laesio enormis in haar volle glorie.

6.3) Conclusie/ eigen opvatting

Buitensporige winst en oneerlijk voordeel vormen internationaal, anders dan in Nederland waar dit omstreden is, in combinatie met andere factoren, grond voor aantasting van een overeenkomst. PECL, DCFR en UP zijn daar duidelijk over. Nu deze beginselen zijn geformuleerd en richtinggevend zullen zijn voor de ontwikkeling van het internationale contractenrecht getuigt het van wijsheid indien Nederland haar stelling, betrokken bij het vaststellen van het NBW, op dit punt in overeenstemming met PECL en DCFR zal brengen. Nadeel verdient, zoals oorspronkelijk in het Ontwerp Meijers, een volwaardige plaats binnen art. 3: 44 BW.

Hoofdstuk 7

7.1) Beantwoording onderzoeksvragen en conclusies

7.1.1) Beantwoording onderzoeksvragen

Wanneer partijen een wederkerige overeenkomst sluiten, zullen zij als regel niet uit zijn op hun eigen benadeling. Indien sprake is van min of meer gelijkwaardige partijen zal dat resulteren in een zekere mate van evenredigheid tussen de te verrichten prestatie; de prijs is rechtvaardig. Een dergelijke prijs zal niet veel afwijken van wat ‘gebruikelijk’ is. Maar wat is rechtens wanneer de prijs wel aanzienlijk objectief nadeel oplevert voor een contractpartij? Van Rossum stelde al in 1998 dat het

evenredigheidsbeginsel voor het civiele recht in toenemende mate van belang wordt.¹⁵⁵ Inmiddels is dat beginsel stevig in ons vermogensrecht verankerd.¹⁵⁶ Als bij een wederkerige overeenkomst sprake is van objectief buitensporig ongelijkwaardige prestaties, moeten alle alarmbellen gaan rinkelen. Een groot nadeel voor een der contractpartijen moet het bewijsrechtelijke vermoeden opleveren dat de overeenkomst in deze vorm niet gewild is. Dergelijke bewijsrechtelijke vermoedens zijn in het BW niet ongebruikelijk. Dat is, kort samengevat, mijn antwoord op de eerste onderzoeksvraag, die luidde:

‘Dient binnen het Nederlands overeenkomstenrecht een prijs, die voor een contractpartij aanzienlijk objectief nadeel oplevert, een grond te vormen voor aantasting van de overeenkomst?’

Dat antwoord komt echter niet overeen met de tekst van het Nederlandse BW. De wetgever heeft heel bewust de iustum pretium-leer buiten de deur willen houden en dat betekent dat een benadeelde partij de overeenkomst slechts langs een omweg (de redelijkheid en billijkheid of het wilsgebrek misbruik van omstandigheden) kan aantasten. De stap om, wat wel heeft plaatsgevonden in het geval dat sprake is van een nadelige rechtshandeling door iemand met een geestelijke stoornis en ook in het geval van een schenking waarbij wordt gesteld dat deze plaats heeft gevonden door misbruik van omstandigheden, het bewijsrechtelijke vermoeden te hanteren dat een objectief nadelige rechtshandeling niet gewild is, wordt vooralsnog niet gezet. Ik acht dat inconsequent. Het evenredigheidsbeginsel vergt mijns inziens dat in een dergelijk geval de wetgever de zijde kiest van de zwakkere, benadeelde partij.

Heel ernstig zou dat nog niet hoeven te zijn. Indien de nadelige overeenkomst met behulp van een beroep op misbruik van omstandigheden zou kunnen worden aangetast, dan is dat omslachtig maar valt daar mee te leven. In afwijking van de tekst van het oorspronkelijke Ontwerp Meijers, zijn in de definitieve tekst van 3: 44 lid 4 echter het element nadeel en het vermoeden van misbruik niet opgenomen. Bovendien wordt misbruik, in het geval waarin sprake is van een economische machtspositie, niet gauw aangenomen. En daarmee lijkt ook deze omweg te stranden. Lijkt, want het is duidelijk dat misbruik zonder benadeling niet goed valt voor te stellen; buitensporige benadeling vormt zo een meer dan sterke aanwijzing voor misbruik. In feite is nadeel geïncorporeerd in 3: 44 lid 4. Dat is niet alleen de opvatting van Van Rossum en van Van Dunné,¹⁵⁷ maar wordt ook expliciet erkend in 3: 54 lid 1 BW dat handelt over het opheffen van het door misbruik van omstandigheden ontstane nadeel.

Daarmee is ook een antwoord gegeven op de tweede onderzoeksvraag:

¹⁵⁵ Van Rossum 1998, p. 86

¹⁵⁶ Asser/ Vranken 2005, p. 133

¹⁵⁷ Van Rossum & Schabos 2004, p. 884; Van Dunné 2001, p. 590

‘Wat is de plaats van buitengewone benadeling binnen het wilsgebrek misbruik van omstandigheden (art. 3: 44 lid 4 BW)?’

Formeel speelt, zoals boven beschreven, buitengewone benadeling geen rol binnen het wilsgebrek misbruik van omstandigheden. Dat ligt internationaal nadrukkelijk anders. Zowel in PECL, DCFR al in UP vormt buitensporige benadeling, mits aan aanvullende voorwaarden is voldaan, grond voor aantasting van een overeenkomst.

7.1.2) Slotconclusie

Het bovenstaande overziend krijgt de regeling binnen het Nederlands BW, of liever gezegd het ontbreken van een afdoende regeling, waar het handelt om buitensporig nadeel, iets krampachtigs. De wetgever in Nederland ontkent de richting waarin unificatie van het Europese overeenkomstenrecht op dit punt zal leiden. Nederland weigert ook voor de hand liggende gevolgen te verbinden aan de steeds belangrijker plaats van het evenredigheidsbeginsel binnen het civiele recht. Dat brengt mij tot deze slotconclusie:

Zodanig ongelijkwaardige prestaties dat een der contractpartijen daardoor buitensporig wordt benadeeld, rechtvaardigen het vermoeden dat een overeenkomst in deze vorm niet is gewild. En een niet gewilde overeenkomst is aantastbaar. Dit rechtsvermoeden en daarmee de rechtsfiguur laesio enormis, behoort een plaats te krijgen binnen het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Dat is de meest zuivere oplossing voor het probleem waarop mijn eerste onderzoeksvraag zich richtte. De oplossing, die via het wilsgebrek misbruik van omstandigheden loopt, waarbij buitensporig nadeel het rechtsvermoeden doet ontstaan dat sprake is van misbruik van omstandigheden, is omslachtiger en daarmee second best. Wel wordt langs die weg aansluiting gevonden bij PECL en DCFR.

Hoofdstuk 8

8.1) Verantwoording en woord van dank

In 2002 maakte ik een begin met mijn studie Nederlands recht aan de Open Universiteit. De aanzet daartoe lag op mijn werk; een zieke collega moest langdurig worden vervangen en omdat ik met mijn studie geschiedenis en mijn lidmaatschap van de gemeenteraad als achtergrond, me redelijk thuis voelde op het terrein van het staats- en bestuursrecht, was mijn directie de mening toegedaan met mijn persoon de geschikte vervanger al in huis te hebben. Een bredere scholing leek echter geen overbodige luxe en zo startte ik in september 2002 aarzelend met de eerste inleidende modules.

We zijn nu tien jaar verder; om meteen maar de indruk weg te nemen dat het om een decennium lang lijden zou zijn gegaan, in genen dele!!! De studie heeft mij in vele opzichten verrijkt (voor de goede orde, materieel niet, maar dat geheel ter zijde).Elementen waren direct toepasbaar in de lespraktijk of het gemeenteraadswerk en mijn inzicht in de complexe juridische wereld waarin wij leven is aanmerkelijk toegenomen. Er is echter ook een schaduwzijde. Prediker schreef al ‘... Wie kennis vermeerdert, vermeerdert smart...’ In dit geval lag die smart mogelijk bij mijn gezin, dat vader wel erg vaak, op avonden, in weekenden en gedurende grote delen van vakanties, met verdachte boeken bezig zag. Kortom, er is lang een wissel getrokken op de ‘sociale tijd’ van ons gezin. Als ik soms al lichte verwijten meende te bespeuren in de ogen van mijn echtgenote, dan werden die echter nimmer uitgesproken, zodat ik me nu troost met de gedachte dat het eerder ging om de reflectie van mijn eigen schuldgevoel dan dat mij daadwerkelijk iets werd nagedragen.

En dan komt dat moment tijdens de studie, dat het einde in zicht komt. Nog een voorbereidend onderzoek en een scriptie... Velen in mijn omgeving hadden een bestuurskundig onderwerp verwacht en ook zelf heb ik wel met die gedachte gespeeld. Maar het bloed kruipt toch waar het niet gaan kan. Rechtvaardigheid, evenredigheid, billijkheid... Het zijn lastige, maar voor mij uitdagende begrippen. Uitdagend, omdat ze naast een juridische ook een sociale en ethische kant hebben. En uiteindelijk is het die kant van het recht, die mij het meest boeit. Dat moest dus in ieder geval terug komen in mijn scriptie. Dat die daarmee een normatief karakter krijgt neem ik graag voor lief.

Een bijzonder woord van dank verdienen mijn begeleiders, Jac Rinkes en vooral Igor van Loo. Wat zich tussen die beiden heeft afgespeeld onttrekt zich aan mijn waarnemingsvermogen. Wel weet ik dat ik vaak, wellicht te vaak, een beroep heb gedaan op feedback. Steeds kwam die, prompt, uitgebreid maar ter zake en nooit gespeend van enige humor. Ik kan me voorstellen dat Igor wel eens op zondagavond met een angstig voor gevoel zijn mailbox heeft geopend. Er zal toch niet alweer mail uit Genemuiden zijn...?

Om bij Prediker te blijven, alles heeft zijn tijd. Zo ook mijn studie en het werken aan deze scriptie. En nu maar hopen dat het toch iets meer mag zijn dan het ‘... najagen van wind...’

Genemuiden, mei 2012

Literatuuroverzicht

Abas, Van Loo & Van Zijst 2003

P. Abas, I. van Loo & M. van Zijst, *Benadeling van de medecontractant*, Deventer: Kluwer 2003

Asser/ Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III)

A. S. Hartkamp & C. H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 6-III, Verbintenissenrecht, Algemeen Overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010

Asser/ Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2005

Van Boom 2008

W.H. van Boom, ‘Beleggingspolissen en consumentengedrag: van ‘free lunch’ naar ‘iustum pretium’?’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken*, 2008-2, p. 61-63

Busch 2002

D. Busch (red), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, a commentary*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002

Dunné 1992

J. M. van Dunné, ‘Macht en onmacht bij het contracteren: ‘economische dwang’ en art. 3: 44 BW’, in: *Te Pas, Opstellen aangeboden aan prof.mr. P.A. Stein*, Deventer: Kluwer 1992, p. 85-95

Dunné 2001

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 1*, Deventer: Kluwer 2001

Golecki 2009

M. J. Golecki, ‘Bargaining within the shadows of fairness: economic analysis of article 4:109 of the principles of European contract law, *The International Journal of Economic Policy Studies*, 2009, 4

Grosheide 1996

F.W. Grosheide, ‘Iustum pretium. Enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid’, *WPNR* 1996, 6227, p. 435-438

Hardy 2010

R.R.R. Hardy, ‘De iustum pretium-leer. (Nieuwe) inzichten uit de rechtseconomie, het mededingingsrecht en empirie’, *NJB* 2010, p. 1160-1164

Hartlief & Stolker 1999

T. Hartlief & C. J. J. M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999

Herrmann e.a. 1982

J. Herrmann, W. Goetz, H. Winterstein & W. Blomeyer, *Der "Gerechte Preis". Beiträge zur Diskussion um das "pretium iustum"*, Erlangen 1982

Hesselink 2004

M. W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: Boom 2004

Hesselink 2008

M.W. Hesselink, ‘Voor een onrechtvaardige-prijsleer’, AA 2008, p.761

Hesselink 2010

M.W. Hesselink, ‘Oneerlijke bedingen, minimumharmonisatie en iustum pretium’, AA 2010, p. 621-627

Hijma e.a . 2004

J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004

Hijma & Olthof 2008

J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008

Van Loo 2008

I. van Loo, ‘Kritiek op Martijn Hesselinks Boek Contractenrecht in Perspectief’, AA 2008, p. 757-760

Luther 1524

M. Luther, *Von Kaufhandlung und Wucher*, Amsterdam: Vereeniging Doctor Maarten Luther 1937

Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2003

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2003

Van Rossum 1998

M. M. van Rossum, *Misbruik van omstandigheden*, Deventer: Tjeenk Willink 1998

Van Rossum & Schabos 2004

M.M. van Rossum & F. Schabos, ‘Misbruik van omstandigheden: Enige notities n.a.v. HR 9 januari 2004’, *WPNR* 2004, nr. 6597, p. 881-887

Schama 1988

S. Schama, *Overvloed en onbehagen, De Nederlandse cultuur in de Gouden Eeuw*, Amsterdam:

Uitgeverij Contact 1989

Smits 1997

J.M. Smits, 'Van wil, causa en verrijking: over een alternatieve route naar de contractuele gebondenheid', *Stellenbosch Law Review* 1997-8, p. 280-295

Smits 1998

J.M. Smits, 'Contractuele gebondenheid thans', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1998, p. 341-345

Smits 2000

J.M. Smits, 'Kroniek: Algemeen overeenkomstenrecht en verrijgingsrecht op de drempel van een nieuwe eeuw', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2000, p. 100-108

Smits 2001

J.M. Smits, 'De Principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law', *WPNR* 2001-6436, p. 235-243

Smits 2004

J.M. Smits, 'Europa en het Nederlands privaatrecht', *NTBR* 2004- 21 ,p. 490- 500

Spier e.a. 2003

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003

Westbrook 2008

R. Westbrook, 'The Origin of Laesio Enormis', *Revue Internationale des droits de l' Antiquité* 2008, LV

Wolters 2009

M. Wolters, 'Uitleg van schriftelijke overeenkomsten', *Contracteren*, 2009-1

Van Zeven , Du Pon & Olthof 1981

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 3*, Deventer: Kluwer 1981

Zimmermann 1996

R. Zimmermann, *The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Oxford University Press 1996

Jurisprudentieoverzicht

HR 29 mei 1964, *NJ* 1965, 104

HR 10 december 1965, *NJ* 1967, 80

HR 24 mei 1968, *NJ* 1968, 252

HR 29 april 1971, *NJ* 1972, 336

HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 610

HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 429

HR 8 februari 2002, *LJN* AD6092

HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 243

HR 9 januari 2004, *LJN* AF9656

HR 2 november 2007, *LJN* BA8445

HR 10 december 2010, *LJN* BN8534

Rb. Arnhem 28 mei 2008, *LJN* BD 6015

Rb. Rotterdam 9 februari 2011, *LJN* BP6554

Hof Arnhem 11 september 2007, *LJN* BB3611

Hof Leeuwarden 8 maart 2006, *LJN* AV4127

Hof 's Hertogenbosch 20 juni 2006, *LJN* AY7887